

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 47 – Numéro 1

Année : 2017

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15292>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/15292>

Page vide laissée intentionnellement.

REVUE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 47 numéro 1

2017

TABLE DES MATIÈRES

À quoi sert le droit? Un complément sociologique à l'odyssée
philosophique de François Ost..... 1
Jean-Guy Belley

La valse-hésitation des cours de justice en ce qui touche
à l'interprétation des modalités de modification
constitutionnelle au Canada..... 57
Benoît Pelletier

La codification de la responsabilité criminelle des
organisations au Canada : étude de la portée et de
certaines lacunes de l'intervention législative 109
Pierre-Christian Collins Hoffman

Notes bibliographiques

*Hors de tout doute raisonnable : la méthodologie et
l'adéquation empirique comme fondements de
l'épistémologie du droit de la preuve 181*
Marie-Ève Plamondon

Les classiques du droit civil – Les grands textes..... 185
Marie-Ève Plamondon

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : À QUOI SERT LE DROIT? UN COMPLÉMENT SOCIOLOGIQUE À
L'ODYSSÉE PHILOSOPHIQUE DE FRANÇOIS OST

Auteur(s) : Jean-Guy BELLEY

Revue : RDUS, 2017, volume 47, numéro 1

Pages : 1-55

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15286>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/15286>

Page vide laissée intentionnellement.

À QUOI SERT LE DROIT? UN COMPLÉMENT SOCIOLOGIQUE À L'ODYSSÉE PHILOSOPHIQUE DE FRANÇOIS OST

par Jean-Guy BELLEY*

Ce texte propose un commentaire critique sur le plus récent livre de François OST : « À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités ». La réflexion philosophique de François Ost l'a mené à la conclusion que l'importance sociale du droit réside essentiellement dans sa contribution à la poursuite de l'idéal humaniste. La tradition juridique occidentale a fait du droit une institution de second degré dont la fonction primordiale est de constituer symboliquement chaque être humain en sujet de droit et citoyen. Dans les rapports entre justiciables comme dans le fonctionnement des institutions politiques, le droit impose des exigences réflexives et procédurales qui traduisent l'aspiration de l'être humain à la liberté, à la rationalité et à l'engagement responsable au sein d'une communauté politique. L'autorité et la centralité du droit paraissent aujourd'hui décliner au profit de nouvelles normativités et techniques de régulation qui influencent les comportements sans faire appel à la conscience individuelle ni à la délibération démocratique. Dans ce contexte, la valeur morale et politique de l'humanisme juridique est indéniable. Il convient toutefois d'ajouter à la réflexion philosophique de François Ost une analyse foncièrement sociologique pour appréhender avec plus de réalisme la contribution du droit au fonctionnement des sociétés occidentales. Loin d'être incompatible avec les calculs pragmatiques, la mobilisation du droit contribue aujourd'hui à l'essor d'une régulation plus instrumentale que symbolique dans la plupart des sphères sociales, y compris dans les activités de l'État. Dans le contexte de la modernité avancée ou de la postmodernité, le droit se conçoit davantage comme une ressource pour l'action rationnelle en finalité qu'à titre de référence idéale pour l'action rationnelle en valeur. Certes, l'humanisme classique s'exprime encore en théorie du droit et dans certaines grandes décisions judiciaires fortement médiatisées. Mais, il ne faut pas se méprendre sur la portée sociologique de ces manifestations symboliques. Elles n'ont pas pour effet de soumettre l'action sociale ou politique au contrôle souverain du droit. Elles offrent plutôt aux élites et aux citoyens ordinaires un refuge psychosocial contre les vertiges moraux et existentiels qui vont de pair avec les avancées de la société technologique.

This paper proposes a critical commentary on François OST's most recent book: "À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités". Ost's philosophical inquiry has led him to conclude that the social importance of law essentially turns upon its contribution to the pursuit of a humanist ideal. The Western legal tradition has established the law as an autonomous institution whose primary function is to symbolically constitute every human being as a legal subject and a citizen. In private relations between social actors as well as in the functioning of state institutions, the law imposes reflexive and procedural requirements which express the aspiration of human being to freedom, to rational action and to responsible membership within a political community. Today, the authority and centrality of the law seem superseded by new normativities and regulatory techniques that tend to govern the behavior of social actors without appealing to individual conscience nor to democratic decision-making. Notwithstanding its obvious moral and political value in the present context, Ost's idealist philosophy must be supplemented by a truly sociological analysis in order to appreciate more realistically the contemporary significance of law. Far from being incompatible with pragmatic considerations, the mobilization of law contributes today to the primacy of instrumental over symbolic regulation in most social spheres, including state institutions. In the context of advanced modernity or postmodernity, law is better apprehended as a technical resource for purposive action than as a reference model for value-rational conduct. Admittedly, the ideal of classical humanism is still present in jurisprudence and often plays a determinant role in highly publicized judicial decisions. However, the sociological significance of the current symbolic manifestations of law needs to be properly assessed. Those manifestations do not amount to subjecting social or political processes to the preponderant control of law. Rather, they provide elite members and ordinary citizens with a psychosocial refuge from the moral and existential vertigos which accompany the advancement of a technological society.

*. Professeur émérite, Université McGill.

SOMMAIRE

A. Soi-même comme un héritier de l'humanisme juridique	3
B. La mythologie et la philosophie pour penser le « passage au droit »	6
C. Entre sens et puissance, concentration et dispersion : quelle humanité du droit, aujourd'hui, en Occident?	10
D. Un théâtre symbolique : le monde second du droit, ses fonctions et ses finalités	16
1. <i>Seconder les institutions sociales primaires.....</i>	<i>17</i>
2. <i>Instituer le jeu juridique performatif.....</i>	<i>19</i>
3. <i>Instituer chaque être humain comme sujet de droit et citoyen de la société politique.....</i>	<i>20</i>
4. <i>Arbitrer les conflits sociétaux en visant un équilibre général</i>	<i>22</i>
5. <i>Garantir un exercice légitime et libéral de la contrainte publique</i>	<i>24</i>
6. <i>Favoriser la remise en cause rationnelle et encadrée des équilibres sociaux existants.....</i>	<i>25</i>
E. Une ressource pour l'action : les mondes primaires du juridique	27
F. Un refuge contre le vertige : l'homme de la technologie et l'héritage de l'humanisme juridique	41
G. Postlude : s'exercer à penser et à vivre le droit dans la brèche du présent.....	51

La parole articulée et la pensée vive comme le vent, les passions qui fondent les cités, l'homme se les a apprises à lui-même... Bien entendu, il en est l'héritier... mais de cet héritage culturel..., il est sommé de faire un projet en première personne.
Fr. OST, *À quoi sert le droit?*, p. 263.

A. Soi-même comme un héritier de l'humanisme juridique

L'œuvre produite par François Ost depuis une quarantaine d'années est tout simplement exemplaire. L'envergure et la profondeur de sa contribution à la théorie du droit forcent l'admiration. Quiconque entreprend une recherche sur le droit, que son ambition disciplinaire soit juridique, philosophique ou sociologique, peut être assuré de trouver dans cette œuvre une intuition, une idée générale, un concept, un mode de pensée, une problématique, voire un cadre théorique, développée avec rigueur et érudition, avant d'être exposée avec clarté et élégance.

L'ouvrage publié en 2016 sous le titre *À quoi sert le droit?* révèle les mêmes qualités de fond et de forme que l'œuvre générale de François Ost¹. Peut-être même l'articulation de la pensée, la richesse de la réflexion et l'esthétique de l'exposé y atteignent-elles des sommets inégalés. Cela pourrait tenir à la question posée qui est à la fois simple et redoutable. Simple puisqu'elle épouse parfaitement le sens commun contemporain : dans un monde saturé d'objets techniques et obnubilé par la gestion pragmatique des problèmes tant individuels que collectifs, quoi de plus normal que de s'interroger sur l'utilité du droit, ses fonctionnalités techniques et ses coûts, par comparaison avec les instruments qu'on pourrait lui substituer? Question redoutable aussi, car les porteurs savants et professionnels de la culture juridique n'ont pas été habitués à devoir démontrer la valeur ou l'importance du droit

1. François OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, coll. « Penser le droit », Bruxelles, 2016.

comme si c'était une chose matérielle sans grandeur évidente et donc justiciable d'une analyse coûts-avantages ordinaire.

Du fait de cette question particulière et parce que François Ost s'est imposé de réfléchir à nouveaux frais et sans préjugés pour y répondre, son plus récent ouvrage peut se lire indépendamment de toute l'œuvre antérieure, ce que je ferai moi-même dans le présent commentaire critique. Avant de procéder à cette analyse, je soumets toutefois que l'ouvrage de 2016, au-delà de ses mérites intrinsèques, me semble avoir un statut particulier au regard de l'œuvre dans son ensemble. Publié au moment où s'achève formellement la carrière universitaire de François Ost, ce livre peut s'interpréter comme un testament qui s'ajoute à l'œuvre précédente pour mettre en évidence les convictions essentielles acquises au fil d'une vie intellectuelle consacrée à l'étude du droit et pour communiquer à ses successeurs l'état d'esprit avec lequel il souhaiterait que son héritage soit reçu désormais.

La quatrième de couverture invite elle-même à conférer une valeur en quelque sorte testamentaire à l'essai sur l'utilité du droit :

[P]our la première fois, nous envisageons le scénario d'une société post-juridique [...] Au carrefour des sciences sociales, du droit et de la philosophie, cet ouvrage aborde ces questions dans toute leur radicalité [...] Saisissant le droit dans sa profondeur historique comme dans ses procès les plus récents, cet ouvrage, fruit de quarante ans de recherche, représente la synthèse la plus pénétrante sur la place et le rôle du juridique dans la société contemporaine. En dialogue avec la philosophie politique et morale, voilà enfin un ouvrage qui prend le droit au sérieux.

Devant le risque sans précédent d'un « droit dissous dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale » la lutte pour le droit exigerait aujourd'hui que soient renouvelées la conscience de sa fonction anthropologique fondamentale et la confiance dans les vertus spécifiques que la manière juridique de faire les choses peut encore conférer à la pratique de la démocratie,

à la recherche de la justice et surtout à la poursuite de l'idéal humaniste.

Le spectre d'un avenir postjuridique imposerait que l'on prenne le droit au sérieux, moins avec l'intention d'en montrer les insuffisances et les contradictions qu'avec le souci de mettre en valeur un acquis de civilisation plus menacé que jamais. C'est donc avec un sentiment d'urgence et dans un esprit de continuité civilisationnelle que François Ost a entrepris sa réflexion sur l'utilité du droit. C'est avec le même sentiment et dans le même état d'esprit qu'il souhaiterait, me semble-t-il, que l'ensemble de son œuvre soit reçu par ceux et celles qui entendront se consacrer à la théorie du droit.

Dans la préface de son recueil d'essais intitulé *La crise de la culture*, la philosophe Hannah Arendt citait un aphorisme de René Char : « Notre héritage n'a été précédé d'aucun testament². » Le poète français avait intensément vécu la résistance à l'Occupation allemande. Dans le feu de l'action et en communion bien sentie avec les camarades partageant le même engagement, l'artiste avait fait l'expérience de la liberté en acte et de la conscience commune d'agir pour le bien public. Cette expérience exaltante était son trésor personnel et celui de tous les résistants. Cependant, au sortir de l'action, au vu du retour en force des professionnels de la politique et des luttes factieuses qui brisaient l'élan amorcé sous l'Occupation, René Char, comme sans doute beaucoup d'autres compagnons de la Résistance, constatait avec amertume que leur héritage risquait fort de ne pas avoir d'avenir, faute d'avoir été légué avec un testament. Aucun testament n'avait nommé le trésor accumulé, dit aux héritiers ce qui leur appartiendrait légitimement, indiqué où se trouvait la véritable richesse à conserver et à transmettre, exhorté les légataires à se souvenir des leçons du passé et à les opposer aux forces antagonistes de l'avenir.

2. Hannah ARENDT, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, trad. de l'anglais sous la direction de P. LÉVY, Paris, Gallimard, 1972, p. 12.

En livrant magistralement le bilan de sa réflexion sur l'utilité du droit, François Ost s'est assuré de ne pas éprouver un jour l'amertume de René Char. L'interlude inséré au milieu de sa dissertation (« Quel homme pour quel droit? », p. 249-297) n'est pas seulement le « détour anthropologique » qui prépare la réflexion de la troisième partie sur les finalités du droit (p. 329-555). C'est aussi la synthèse d'une conviction normative, pour ne pas dire d'une profession de foi, en faveur de l'humanisme juridique, une conviction qui inspire tout aussi bien l'observation critique des usages du droit souvent non conformes aux attentes (p. 49-93), la compréhension interne des techniques du droit positif et de leur fondement anthropologique (p. 123-246) que l'analyse presque cynique des procédés de normalisation des comportements et de l'imaginaire qui prolifèrent de nos jours (p. 297-326). D'un bout à l'autre de l'ouvrage, François Ost s'affiche clairement comme un héritier de l'humanisme juridique légué par la civilisation gréco-romaine, christianisé, redécouvert à la Renaissance, enrichi au Siècle des lumières, réaffirmé aux XIX^e et XX^e siècles dans les constitutions démocratiques et les déclarations des droits de la personne. François Ost a entrepris et conclu sa réflexion en ne cachant ni sa dette envers les prédécesseurs de l'humanisme juridique, ni sa volonté d'agir à son tour comme un héritier fiduciaire qui s'impose la tâche d'imaginer le redéploiement contemporain de l'héritage culturel pour mieux contribuer à son avenir.

B. La mythologie et la philosophie pour penser le « passage au droit »

François Ost annonce que son périple intellectuel autour de l'utilité du droit privilégiera le chemin d'une « expérience de pensée » interrogeant la signification et la portée du « passage au droit » (p. 38). Considérant les conclusions auxquelles ce chemin l'a mené et les matériaux symboliques et conceptuels qu'il a mobilisés pour les justifier, son expérience de pensée m'apparaît pouvoir se décrire comme une véritable odyssée philosophique.

Une odyssée comme cette aventure périlleuse d'Ulysse aux frontières du monde connu, comme la navigation entre Charybde et Scylla à la recherche d'une troisième voie qui sera celle d'un lieu habitable pour l'être humain, comme la découverte de mondes nouveaux dont les attraits séduisent bien des contemporains, mais qui n'auront pas raison d'Ulysse, parce qu'il est le héros du retour à la patrie d'origine, parce qu'il n'a pas oublié la valeur de son héritage et son devoir de fidélité. Pour réaliser son « entreprise parsemée de difficultés » (p. 18), pour éviter les « nouveaux pièges » (p. 31) qui guettent la démonstration de l'utilité du droit, pour illustrer les finalités intrinsèques de l'humanisme juridique et leur importance cruciale dans l'évolution actuelle de la démocratie et de la justice, François Ost fait large emploi des leçons de la mythologie, grecque principalement : « La vocation des mythes fondateurs est d'éclairer les situations structurelles qui ne cessent de se reproduire » (p. 262). Les leçons de la mythologie suggèrent que l'idéal humaniste reste, malgré les obstacles et les fantasmes actuels, l'aiguillon nécessaire de la lutte pour le règne du droit et sa médiation entre la force et le bien (p. 398). En complément des récits de la mythologie, François Ost s'inspire des œuvres classiques de la littérature européenne qui les ont relayés ou réinterprétés. Il prolonge ainsi son importante contribution personnelle au courant « droit et littérature » qu'il a brillamment croisé avec ses travaux de théorie du droit.

La réflexion de François Ost sur l'utilité du droit est, d'autre part, fortement structurée par les emprunts à la tradition philosophique occidentale et à certains courants de la philosophie contemporaine, notamment l'herméneutique du sujet et la pragmatique des actes de langage. D'entrée de jeu, il précise que sa perspective d'analyse est « celle d'un juriste doublé d'un philosophe » qui se veut animé d'un « souci d'interdisciplinarité et d'ouverture à l'égard des sciences sociales », ce qui ne le « conduit pas pour autant à adopter la perspective de ces disciplines » (p. 28). L'annonce identitaire est honnête et appropriée, mais il convient de la préciser pour mieux faire ressortir le rôle très structurant de la discipline philosophique et ses effets épistémologiques qui ne vont

pas exclusivement dans le sens d'une connaissance réaliste des phénomènes de passage au droit et de leurs enjeux.

L'auteur se réfère volontiers aux observations des sociologues pour savoir ce que les acteurs sociaux font avec le droit. Cependant, cet exercice de sociologie prend un tour authentiquement philosophique dès lors que les usages observés, au lieu d'être expliqués ou compris à partir d'autres faits sociaux, sont jugés positifs ou négatifs du point de vue des valeurs épousées par le droit, conformes ou non conformes au « devoir-être [...] qui fait partie du phénomène droit, même si l'idéal ne se réalise que très partiellement dans la réalité » (p. 26-27).

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, François Ost se fait explicitement juriste en adoptant le point de vue interne de celui dont la profession est de prendre au sérieux le discours du droit, les règles et les techniques du jeu juridique. Toutefois, sa compréhension interne du passage au droit devient plus philosophique que professionnelle lorsque l'examen « monte en généralité » pour mieux discerner les fonctions du droit (p. 224). L'exercice ne relève plus alors de l'habitus technique du juriste qui formule des propositions de droit ou des avis juridiques, par exemple sur la validité d'un usage du droit au regard des règles en vigueur dans tel ou tel ordre juridique. L'analyse généralisante est plutôt celle d'un théoricien du droit s'efforçant de systématiser la vision juridique du monde et de mettre en valeur sa portée symbolique spécifique. Sur cette lancée, la perspective théorique s'inscrit assez rapidement dans le sillon d'une philosophie métaphysique qui découvre, en deçà du langage et des techniques juridiques, le fondement anthropologique du droit, sa vocation à instituer l'être humain comme sujet dynamique d'une communauté politique. Conscient des dangers d'une définition essentialiste du droit (p. 34), l'auteur n'en a pas moins conservé l'ambition de fonder solidement son utilité en cherchant sa contribution particulière à la promotion de l'humanité en l'individu et dans la société.

La structuration philosophique de la pensée s'affiche de façon pleinement assumée dans la troisième partie de l'ouvrage. Le

but est alors d'énoncer les finalités intrinsèques du passage au droit et de mettre en valeur leurs apports spécifiques dans la poursuite des finalités extrinsèques valorisées par les sociétés occidentales (démocratie, ordre, justice, protection de la dignité humaine, etc.). Puisque les usages du droit et les mobilisations de ses techniques sont susceptibles « d'opérer en vue du meilleur ou du pire », François Ost revendique la légitimité d'une « perspective normative » qui se départit d'un devoir de neutralité pour mieux affirmer les orientations souhaitables parmi toutes les avenues concevables (p. 329). L'exercice de pensée s'engage résolument dans les voies de la philosophie morale et politique pour guider les agents du système politique et juridique ainsi que les citoyens et les justiciables sur la double voie du respect des finalités intrinsèques du droit et de l'invention de modalités adaptées aux enjeux contemporains.

Une dernière structuration philosophique, et non la moindre puisqu'elle concerne la méthode privilégiée par François Ost pour mener son expérience de pensée, réside dans l'option en faveur d'une logique dialectique et paradoxale qui ne désarmera pas quelles que soient les questions abordées. Cette option procède du refus d'enfermer la compréhension des choses dans la logique classique des polarités ou des antinomies mutuellement exclusives et de leur évolution linéaire. Considérée de façon dialectique et paradoxale, la réalité n'est jamais intégralement ceci ou cela et rien d'autre. Elle peut être à la fois ceci et cela, prendre la forme tierce d'un enchevêtrement des contraires, osciller d'une polarité à l'autre, pousser dans le sens d'une aspiration, mais emprunter des voies qui la contrarient, prendre pour un temps une forme définie et se métamorphoser ensuite, se stabiliser dans tel état phénoménal, mais garder en elle l'aptitude à devenir autre chose, l'anticipation d'un autre état possible, la virtualité d'un avenir pire ou meilleur, d'une régression ou d'une progression au-delà de ce qui est *hic et nunc*. Outre qu'elle est fortement encouragée par les récits de la mythologie, l'option philosophique en faveur de la logique dialectique et paradoxale ne saurait surprendre quiconque, car le droit dont il s'agit de comprendre l'utilité se conçoit d'emblée comme une création humaine. Sa réalité ne peut donc que reproduire les

mouvements dialectiques et les paradoxes de l'être humain, un « sujet divisé » capable de faire alternativement sinon concurremment l'ange ou la bête (p. 256-263).

C. Entre sens et puissance, concentration et dispersion : quelle humanité du droit, aujourd'hui, en Occident?

Se voulant informée par les sciences sociales, mais refusant d'adopter leur perspective, la pensée mythologique et philosophique du passage au droit relève-t-elle de la croyance ou de la connaissance? Tient-elle de la véridiction de principe ou de la vérification empirique? Les usages conformes ou non conformes au droit, l'institution de l'être humain comme sujet libre et responsable dans la Cité, le respect de la procédure et des garanties juridiques dans l'exercice de la démocratie et de la justice existent-ils dans l'ordre virtuel des attentes normatives, de la vocation idéale et des paris risqués, ou s'observent-ils plutôt dans la réalité factuelle des choses, comme résultats effectifs des actions, dans un certain état réalisé d'une structure sociale particulière, à un moment donné de sa dynamique?

En formulant ce questionnement critique, je n'ai aucunement l'intention de discréditer la pertinence morale et politique de la théorisation livrée par François Ost. Je n'hésite pas à dire mon adhésion très large à sa défense et illustration de l'utilité du droit dans la conjoncture présente³. Mes questions ne procèdent pas non plus d'un positivisme radical qui nierait toute réalité ou toute factualité aux croyances, aux idéaux ou aux valeurs dans le fonctionnement des sociétés et dans la vie des individus. Ces choses invisibles comme l'idée du « droit », la croyance professionnelle et populaire dans ses bienfaits, l'adhésion à l'idéal de l'humanisme juridique, sont des états d'esprit, des orientations rationnelles en valeur, des affects ou des espérances qui se qualifient comme des

3. Jean-Guy BELLEY, « L'imaginaire anti-juridique de notre temps », dans Jean-François GAUDREAU DESBIENS et autres (dir.), *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 213.

manières de penser et de sentir plus ou moins répandues; elles influencent plus ou moins les conduites et les aspirations. La perspective des sciences sociales ne conduit pas, en effet, à dénier toute réalité à l'ordre symbolique du droit et à la philosophie humaniste qui l'anime.

La compréhension mythologique et philosophique du passage au droit tend à lui conférer une existence abstraite, en quelque sorte universelle et transhistorique (p. 29). À son encontre, la perspective des sciences sociales engage à vérifier et à mesurer les manifestations concrètes, contingentes et relatives du passage au droit dans une société particulière sinon dans une existence individuelle. L'helléniste Jean-Pierre Vernant reconnaissait lui-même que le savoir historique s'acquiert souvent en pensant contre le récit mythique, même si cela ne l'empêchait pas de croire que les leçons de la mythologie grecque avaient à notre époque encore une pertinence salutaire⁴. Avec une verve plus polémique, l'historien des sciences Marc Joly raconte comment le développement des sciences sociales au XX^e siècle, en particulier celui de la sociologie, a contraint la philosophie à se donner un nouvel objet propre, celui du sujet humain et de sa constitution symbolique à travers le langage, l'intersubjectivité et le rapport aux institutions⁵.

Le fait que la réflexion de François Ost a emprunté une voie foncièrement philosophique n'enlève rien, je le répète, à la valeur politique et morale de sa conception de l'utilité du droit. Son humanisme juridique est d'ailleurs professé largement dans le discours politico-juridique et ardemment revendiqué par beaucoup de militants de la démocratie et de la justice. Toutefois, en se refusant à adopter aussi la perspective des sciences sociales, ne serait-ce qu'au nom de la dialectique, on s'empêche de connaître l'état des lieux de l'humanisme juridique, ici et maintenant, sa force

4. Jean-Pierre VERNANT, *L'univers, les dieux, les hommes. Récits grecs des origines*, Paris, Seuil, 1999, p. 8 et 10.

5. Marc JOLY, *La révolution sociologique. De la naissance d'un régime de pensée scientifique à la crise de la philosophie (XIX^e-XX^e siècle)*, coll. « Laboratoire des sciences sociales », Paris, Éditions La Découverte, 2017, p. 408-462.

d'attraction dans le « grand tout culturel » (p. 7) contemporain, ses chances de réalisation ou de non-réalisation dans un univers spirituel où toute la vie symbolique ne se ramène pas au seul jeu du droit, dans une dynamique sociale où le droit lui-même peut faire système avec d'autres visions du monde que l'humanisme hérité du passé.

Du point de vue des sciences sociales, la conception humaniste du passage au droit se construit comme un fait justiciable d'une connaissance historique, sociologique et psychologique. L'humanisme juridique est à saisir comme une variante de l'idée du droit dont les manifestations dans le temps et l'espace obéissent à des déterminations sociales qu'il convient de mettre en lumière. Il est bien question d'un héritage culturel légué par l'histoire des sociétés occidentales, mais qu'en reste-t-il de nos jours? Quels en sont les porteurs actuels et quelle est leur fidélité à l'héritage? L'État, les administrateurs du système juridique, les praticiens du droit, sont-ils encore humanistes? Si la culture politico-juridique du contrat social, sans parler de la culture religieuse monothéiste et chrétienne, n'est plus l'épistémè de notre époque, alors quelle est la culture dominante avec laquelle la symbolique du droit doit composer ou même faire système? Si l'air du temps n'est plus à la valorisation de l'individu cherchant ses repères dans les institutions, mais à l'affirmation d'une personnalité authentique en quête d'un destin singulier, quelle place la symbolique du sujet de droit peut-elle encore tenir dans les stratégies du gouvernement de soi? Certes, Ulysse n'a pas été oublié, mais Ithaque est-elle encore une royauté? L'agora est-elle encore dominée par les citoyens libres? Le héros légendaire peut assurément revêtir à nouveau les anciens habits symboliques. Cependant, sa sagesse et ses ruses ont-elles gardé le pouvoir d'impressionner ses contemporains? Après tant d'aventures et de découvertes, le héros est-il encore lui-même inspiré par l'esprit philosophique et la culture juridique des Anciens?

Les sciences sociales ont contribué à la réflexion de François Ost. Elles lui ont permis de constater les écarts fréquents entre les usages du droit et les idéaux qu'il professe. Elles l'ont surtout

amené au sentiment que le droit parvient difficilement à maintenir son emprise dans la concurrence actuelle des normativités. La régulation sociale des comportements et de la vie psychique s'effectuerait de plus en plus à travers des procédés de normalisation qui ne font pas appel à la conscience des destinataires, à leur libre arbitre, à leur responsabilité morale et à leur sens civique. Les nouvelles formes de gouvernement ou de gouvernance s'appuieraient plutôt sur la force contraignante de dispositifs techniques et communicationnels dont les effets disciplinaires semblent tenir du conditionnement béhavioriste et de la manipulation des esprits (p. 297-326).

L'ambition de François Ost n'était pas de contribuer à la sociologie de la culture contemporaine par l'approfondissement des liens entre ces nouvelles normativités et le progrès plus général de la rationalité instrumentale au détriment de la rationalité en valeur. Lancée sur cette voie, une enquête sociologique aurait pu mener à l'hypothèse d'une nouvelle version de l'humanité de l'individu⁶. Dans la modernité avancée, à la faveur de la technique et de la science devenues idéologies dominantes⁷, l'être humain réaliserait-il son humanité en devenant plus puissant grâce au progrès des connaissances, en aspirant légitimement à l'apprentissage des techniques qui lui procurent un meilleur contrôle de son environnement, de son corps et de sa vie intérieure? Dans cette hypothèse, l'idéal humaniste ne serait plus celui du citoyen solidaire de sa communauté politique, encore moins celui du croyant conscient de son besoin d'assujettissement à un ordre symbolique. La quête de puissance aurait pris le pas sur la quête de sens comme attribut distinctif de l'humanité de l'être humain.

-
6. Robert LEGROS, « Qu'en est-il de l'humanité de l'homme? », dans Yves DUPONT (dir.), *Dictionnaire des risques*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 192; Alain DE VULPIAN, avec la collab. d'Irène DUPOUX-COUTURIER, *Éloge de la métamorphose. En marche vers une nouvelle humanité*, Paris, Éditions Saint-Simon, 2016.
 7. Reste incontournable, pour la compréhension générale des tensions entre la rationalité en valeur et la rationalité en finalité dans la société contemporaine l'ouvrage de Jürgen HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, trad. de l'allemand par J.-R. LADMIRAL, Paris, Gallimard, 1973.

S'il avait poursuivi sa réflexion dans la perspective d'une sociologie du droit informée par la sociologie générale, François Ost aurait pu se demander si le droit contemporain ne contribue pas lui-même de façon significative aux avancées de la rationalité instrumentale et à l'avènement d'une conception postmoderne de l'humanité. La finalité des règles de droit, les activités du système juridique, l'intervention professionnelle des juristes, en somme les différentes dimensions du passage au droit, participent-elles aujourd'hui de la logique des ressources utiles à l'action orientée vers l'atteinte d'un but, et ce, davantage que de la logique des références symboliques nourries par l'adhésion aux ordres normatifs traditionnels et la fréquentation des grandes œuvres de civilisation⁸? Une sociologie historique attentive à l'évolution de la culture juridique au XX^e siècle permettrait de savoir si le droit a été lui-même un agent de transformation de la culture générale vers la rationalité instrumentale, s'il a constitué, au contraire, une force de résistance, à quel point sa logique interne s'est laissée colonisée par la culture technoscientifique dominante, dans quelle mesure elle est restée fidèle aux influences spirituelles de la prémodernité et à la culture politique de la première modernité.

François Ost ne s'est pas demandé si les usages actuels du droit et les nouvelles normativités techniques pouvaient se concevoir objectivement, sinon positivement, comme des manifestations parmi d'autres d'une nouvelle conception de l'humanité et d'une version neuve de l'humanisme juridique. Il les a plutôt compris et jugés comme des pratiques de déviance à l'égard de l'esprit, voire la lettre du droit, comme des procédés sans âme, en rupture avec la culture juridique, et pour tout dire diaboliques plutôt que symboliques (p. 260). Le dialogue avec la sociologie lui aura permis de constater le chaos normatif contemporain au sein duquel l'héritage du droit occidental serait en péril de décentrement, de marginalisation, peut-être même de dissolution.

8. Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015, p. 39-93. Le titre du chapitre II circonscrit parfaitement la problématique envisagée ici (p. 66) : « Du droit référence au droit ressource : la dualité de la légalité ».

La culture contemporaine serait en définitive porteuse de déshumanisation ou d'inhumanité plutôt que d'un nouvel humanisme.

La teneur désenchantée de son constat sociologique et le sentiment d'urgence qui en résulte permettent de mieux comprendre l'effort énergique déployé par François Ost pour revisiter le fondement anthropologique du passage au droit et pour réimaginer la mobilisation de ses finalités spécifiques au service de la démocratie et de la justice. Son périple intellectuel me paraît avoir été inspiré par la conviction que l'humanisme juridique classique reste un idéal qu'il ne faut pas dépasser, dont l'indisponibilité doit être défendue à l'encontre des atteintes utilitaristes et gestionnaires contemporaines, dont l'utilité fondamentalement symbolique doit être réaffirmée et réactualisée (p. 449-450).

Cela dit, je suis d'avis que l'aspiration à défendre l'humanisme juridique classique a conduit François Ost à une conception exagérément symbolique de l'utilité du droit et à une perception trop concentrée de son action dans la société. Le passage au droit supposerait que les acteurs sociaux s'extirpent mentalement, sinon physiquement, de leur cadre d'action habituel pour accéder à un lieu symbolique fortement différencié et très autonome, le monde second du droit. En retrait, en surplomb ou à un niveau distinct de la réalité sociale ordinaire se jouerait une représentation dramatique gouvernée par le langage, le rituel et la rationalité propres au droit. À bonne distance des autres sphères de la culture et de l'activité sociale, le jeu juridique imposerait aux acteurs une orientation en valeur et des finalités spécifiques, même lorsqu'il se déroule en dehors des instances officielles de l'État.

Puisque sa fonction anthropologique fondamentale l'assigne au domaine du sens, de la construction symbolique de l'individu et de la société, le droit ne saurait se maintenir qu'en affirmant l'indisponibilité de certains principes de base et leur intangibilité à l'encontre des calculs entretenus par les acteurs en quête de puissance. Plutôt que d'être dispersé dans les interstices de la société et solidaire des logiques qui s'y déploient, le droit

constituerait un ordre de sens séparé du reste de la société et capable, pour cette raison, d'opérer selon sa logique propre, presque pure, en tout cas très concentrée. La perspective de François Ost est, en somme, celle d'un face-à-face du droit et de la société plutôt que celle d'un droit ancré dans la société. Selon la distinction de Paul Ricœur reprise par François Ost, le droit s'envisage, dans le premier cas, comme une « instance inclusive » de la société, à l'image d'un tout, et, dans le second cas, telle une « région incluse » dans le social, pour ainsi dire une partie (p. 116). La forte autonomie du droit, en quelque sorte son insularité, serait indispensable à la réalisation de ses fonctions et finalités spécifiques. Sans la distanciation du jeu juridique par rapport aux jeux sociaux, le droit ne pourrait maintenir sa contribution décisive à la défense et à la promotion de la vraie humanité qui serait morale et politique.

Dans les trois sections qui suivent, je résumerai d'abord les conclusions auxquelles François Ost est parvenu quant à l'utilité du droit considéré comme une force opérant primordialement dans le registre du sens ou de la référence symbolique. J'esquisserai ensuite les grandes lignes de ce que pourrait être l'utilité du droit envisagée, au contraire, dans le registre de la puissance et des ressources pour l'action. Je terminerai sur une note allégorique, suivant en cela l'exemple de François Ost, en me référant à une œuvre théâtrale québécoise pour interpréter l'évolution de la culture contemporaine et faire la part des rationalités instrumentale et symbolique dans cette évolution.

D. Un théâtre symbolique : le monde second du droit, ses fonctions et ses finalités

Selon la mythologie grecque, l'univers était à l'origine dans un état de chaos. L'apparition de la terre-Gaïa aurait introduit un ordre cosmique favorable à la coexistence des dieux et des êtres humains. L'univers aurait ensuite connu une expansion par le haut (le ciel) et par le bas (les mers). François Ost propose une théorisation de la place et des fonctions du droit dans l'univers social qui n'est pas sans rappeler cette mythologie. Devant le chaos des intérêts et des normes sur les scènes primaires de l'activité

sociale, l'office du droit s'effectuerait dans un espace-temps second, sur une autre scène régie par un ordre symbolique solidement structuré où pourront être rejoués, reconfigurés et réconciliés les conflits et les incompatibilités du premier monde. « Institution au second degré » (p. 123), servi par une capacité de traduction générale de tous les langages spécialisés (p. 383), apte à un « arbitrage omnicompréhensif » des tensions qui déchirent le tissu social (p. 404), le droit constituerait un théâtre symbolique s'offrant comme un supplément, un doublement et un dépassement de la vie sociale ordinaire.

Il ne sera pas possible de rendre justice à la multiplicité des questions abordées par François Ost pour illustrer la variété des contributions du droit à la production de l'ordre social et à sa transformation réglée. La mise en évidence des fonctions et des finalités spécifiques du droit s'étend sur plus de 400 pages. Elle s'effectue à travers une succession d'analyses portant sur des problèmes de philosophie générale ou de philosophie du droit, de théorie du droit, de doctrine juridique ou d'actualité sociopolitique. Toutes ces analyses s'appuient sur une pensée structurée qui ne craint pas d'afficher la récursivité et l'imbrication dialectique de ses principales composantes. La compréhension de l'ensemble est bien servie par une table des matières suffisamment élaborée, mais il faut regretter l'absence d'un index qui fournirait des repères plus précis sur les nombreux concepts mobilisés pour mener la réflexion. Ces précautions étant exprimées, je me propose de résumer les principales conclusions de François Ost en mettant en évidence six utilités du droit qu'il désigne soit comme des fonctions, soit comme des finalités. Je suivrai *grosso modo* l'ordre des parties 2 et 3 de l'ouvrage.

1. Secondar les institutions sociales primaires

Avant le droit, et indépendamment de lui, une société existe avec ses normes, ses valeurs et ses institutions; des communautés et des individus y entretiennent des relations tantôt pacifiques, tantôt antagonistes. Quand il s'affirme lui-même comme institution, et même au stade le plus avancé de sa structuration, le

droit n'a pas pour fonction de se substituer au social antérieur à lui et extérieur à son fonctionnement. L'utilité de la machinerie juridique est plutôt de rendre possible le passage à un espace fictionnel de reconnaissance et de représentation qui s'ajoute au réel préexistant pour à la fois le stabiliser et le dépasser.

François Ost revisite et enrichit la théorie de la « double institutionnalisation » (p. 138-169) élaborée par l'anthropologue Paul Bohannan : le droit assure des fonctions primaires de pilotage des actions sociales, d'une part, en conférant une autorité supplémentaire à des normes en particulier ou à quelques-unes de leurs interprétations (pilotage par encodage), d'autre part, en consacrant certaines valeurs comme fondatrices de la société (pilotage par ancrage).

Le passage au droit produit un enchevêtrement des normes et des valeurs sociales avec les règles et les principes de l'ordre juridique. L'instance juridique devient le théâtre d'une internormativité dynamisée par des effets de catalyse qui inhibent le remplacement des normes instituées ou accélèrent l'affirmation des normes instituanes (p. 114-120). De même, la transposition des relations sociales sur la scène seconde du droit peut produire des effets de réembrayage des rapports désarticulés. Le pilotage juridique réalise ainsi deux macrofonctions symboliques : le tissage ou le renouement des liens sociaux et le bornage des actions par la fixation de limites ou d'interdits.

Le rituel du procès et les autres actes de procédure du droit s'inscrivent dans un temps second qui impose aux acteurs sociaux un retour réflexif sur les circonstances et les enjeux de leurs conflits. Requalifiant les faits et les arguments à la lumière de la raison juridique, rappelant les valeurs à protéger et les règles à respecter, le processus de réflexivité juridique relève peut-être davantage d'une pédagogie institutionnelle que de l'exercice d'une autorité de commandement.

2. *Instituer le jeu juridique performatif*

Au-delà des fonctions primaires révélées par la théorie de la double institutionnalisation, une autre théorie, celle du juriste H. Hart, permet de découvrir le potentiel de dépassement juridique du social ordinaire à la faveur des fonctions secondaires que réalise la machine symbolique du droit quand elle parvient à s'autonomiser suffisamment de la dynamique sociale. La scène méta du droit devient alors le théâtre d'un jeu proprement juridique, en prise seulement indirecte avec les processus sociaux, mais qui peut néanmoins contribuer de façon décisive à la reproduction de l'ordre social ou à sa transformation. Il n'est plus question alors de réviser la normativité sociale primaire ou de soumettre les problèmes sociaux à un traitement juridique réparateur, mais de participer activement à une reconstitution virtuelle de la société et de ses processus, à une mise en scène originale des acteurs sociaux et des résultats de leurs actions. En nommant à sa façon les personnes, les choses et leurs relations, en disant qui peut produire telle ou telle catégorie d'actes juridiques, en établissant les conditions de validité de ces actes et en prévoyant les sanctions du respect ou du non-respect des règles du jeu juridique, l'instance tierce du droit crée, à ses propres fins et au bénéfice des acteurs sociaux, un « cadrage fictionnel qui est la porte d'entrée dans l'univers enchanté du performatif juridique » (p. 235).

La théorie des actes de langage performatif, « qui vaut son pesant d'or » pour la compréhension du droit moderne (p. 194), et la sociologie de la culture, qui montre que les représentations de la réalité agissent sur le fonctionnement de la société (p. 231), permettent de concevoir l'utilité sociale d'une surréalité juridique où « dire c'est faire », où l'on produit, dans l'ordre du discours symbolique, des effets de droit dont l'efficacité repose pour l'essentiel sur un imaginaire partagé. Les répercussions concrètes du jeu juridique pris au sérieux sont d'autant plus significatives que le pouvoir de créer du droit nouveau par le maniement du langage performatif n'est pas monopolisé par les autorités politiques. Il échoit aussi dans une large mesure aux simples justiciables.

Une grande partie du droit contemporain prend ainsi la forme de règles dites « constitutives » qui n'ont pas pour fonction de régir directement les conduites sociales ou politiques, mais plutôt d'organiser l'exercice centralisé ou décentralisé de jeux juridiques performatifs. Ces règles circonscrivent le théâtre d'opération des jeux de droit en les séparant formellement de la trame sociale primaire. Elles déterminent les actes de langage à travers lesquels les statuts et les relations juridiques peuvent être validement établis et changés aux yeux du droit. Elles pourvoient à l'archivage des documents juridiques qui faciliteront la preuve de la réalité juridique ainsi produite et légitimeront la transformation ultime de la réalité sociale concrète.

3. *Instituer chaque être humain comme sujet de droit et citoyen de la société politique*

C'est l'utilité fondamentale du droit moderne, celle qui rend possible la réalisation des autres fonctions du droit et qui en constitue la finalité la plus importante selon François Ost. Au-delà du monde premier des pulsions plus ou moins conscientes et des rôles assumés bon gré mal gré dans les structures sociales, le passage au droit procure à l'individu une seconde naissance. Il le fait accéder à l'espace structural d'une expérience symbolique indispensable au dépassement de l'incomplétude humaine ordinaire (p. 261). En interaction avec les autres sujets du même ordre juridique, l'individu échappe aux risques du solipsisme et de la solitude à deux en entrant symboliquement dans un rapport avec autrui placé sous l'égide de l'instance tierce du droit et de la loi commune. Le statut abstrait et universel de sujet de droit nourrit la conscience d'un lien social anonyme et d'une identité partagée au-delà des appartenances sociales différentes. Citoyen apte à s'engager dans les affaires de la Cité en interaction avec ses concitoyens, chacun apprend à s'élever rationnellement au-dessus des intérêts familiaux ou claniques pour travailler, dans l'espace public, à la poursuite de l'intérêt général des membres de la même communauté politique (p. 269). En conférant démocratiquement le statut de citoyen, le droit moderne éloigne le risque d'une « société incivile » (p. 347). La reconnaissance démocratique de la person-

nalité juridique et de la citoyenneté égales pour tous permet à chacun d'accéder à la qualité d'acteur dépendant, mais libre, conscient de son assujettissement à la loi commune et à l'intérêt général, mais titulaire du droit fondamental de « s'attribuer à lui-même ses propres fins » (p. 295).

* * *

Les trois utilités-fonctions qui viennent d'être décrites ont, dans l'esprit de François Ost, un caractère foncièrement juridique plutôt que politique. L'efficacité symbolique du passage au droit serait proportionnelle à la distance que le monde second du droit réussit à garder non seulement à l'égard de la société, mais aussi par rapport aux détenteurs du pouvoir. Selon François Ost, cela est clairement attesté par l'invention historique du droit romain (p. 150-158) et son prolongement dans les principales traditions juridiques occidentales, en particulier dans le droit commun des juridictions de droit civil et dans les codifications du droit privé. Si le droit est devenu un univers très abstrait de concepts et de formes, une sorte de « mathématique sociale » selon F. Savigny, c'est parce qu'il a été dans une large mesure l'apanage de la classe des juristes plutôt que l'expression de volontés directement politiques. Droit savant et jurisprudentiel (*ius*) distinct du droit directement politique (*lex*), sa sophistication rationnelle « témoigne de l'ampleur du chemin que peut parcourir un imaginaire qui s'autonomise de son terrain initial » (p. 157).

Les trois utilités-finalités que je résumerai maintenant ont un caractère nettement plus politique. François Ost le reconnaît volontiers, tout en se fixant pour objectif de montrer que l'exercice du pouvoir dans le respect des principes et des actes de procédure juridique obéit à des finalités spécifiques qui auraient peu de chances de s'imposer si l'art politique d'aménager et de garantir le vivre-ensemble d'une communauté n'était pas couplé à l'art juridique inspiré par la recherche de l'équilibre, de la mesure, de la prévisibilité, de la prudence réflexive et du respect de la dignité humaine.

Dans la troisième partie de l'ouvrage, François Ost vise à préciser comment les valeurs épousées par le droit occidental à partir de ses assises romaines peuvent et doivent faire la différence entre l'exercice arbitraire du pouvoir et son exercice conforme au droit. La mise en évidence de la supériorité morale des manières juridiques de pratiquer la politique se réfère le plus souvent aux institutions législatives, répressives et judiciaires de l'État-nation, mais la démonstration de l'auteur se veut également applicable aux instances politiques moins traditionnelles, celles de la communauté supranationale ou celles de la société civile (p. 362-369). Qu'il soit question d'exercer les pouvoirs d'un gouvernement souverain, d'assurer la gouvernance d'une organisation ou celle d'un réseau de partenaires, la référence obligée aux critères et aux actes de procédure du droit permet d'espérer une pratique du pouvoir plus conforme à l'idéal humaniste de la première modernité.

4. *Arbitrer les conflits sociétaux en visant un équilibre général*

La quatrième utilité du droit est éminemment politique puisqu'elle « opère sur fond agonistique », à partir du désordre des intérêts, des rationalités et des valeurs (p. 393-395). La spécialisation fonctionnelle des acteurs et la différenciation de la société en sous-systèmes ou en sphères d'activités dont les priorités sont différentes et les critères de référence incommensurables rendent la régulation politique de plus en plus complexe. À l'encontre des thèses de F. Hayek, on ne peut espérer qu'un ordre satisfaisant se dégage spontanément de la concurrence des normativités. Cependant, on ne peut non plus compter en ce moment sur la force de ralliement d'une culture commune faite de valeurs substantielles largement partagées, comme c'était le cas dans les sociétés traditionnelles. Dans le contexte contemporain d'un pluralisme culturel irréductible, la chance d'une médiation politico-juridique des conflits sociétaux est de pouvoir faire fond sur la valorisation commune des exigences procédurales au-delà des préférences substantielles qui divisent les acteurs. Il appartient cette fois à l'autre grande tradition juridique occidentale, la common law, d'avoir prolongé l'expérience historique du droit

romain en reconnaissant la valeur spécifique des rituels et des procédés formalistes pour canaliser les conflits que les institutions sociales primaires ne parviennent pas à résorber (p. 407-414). Au cours du XX^e siècle s'est affirmée de plus en plus cette philosophie qui magnifie la vertu procédurale du droit comme vecteur privilégié d'un « arbitrage général le plus respectueux possible des virtualités de chaque sphère sociale spécialisée » (p. 111).

D'éminents théoriciens (Niklas Luhmann, Michaël Walzer, Luc Boltanski, Laurent Thévenot, Pierre Bourdieu) sont pour le moins sceptiques à l'égard de cette capacité particulière du droit de réaliser un arbitrage là où les autres institutions sociales ont échoué. Le droit serait lui-même un sous-système, une sphère ou un champ professionnel obéissant à sa propre logique autopoïétique. Il serait incapable d'en sortir véritablement pour présider avec succès à l'établissement d'un ordre général au moins provisoire. François Ost ne partage pas cette thèse d'une différenciation sociale et culturelle insurmontable qui condamnerait les sociétés contemporaines à évoluer dans le désordre ou à travers des ordres uniquement partiels, en proie à des conflits pratiquement insolubles. Comme d'autres penseurs, notamment Jürgen Habermas et Cornelius Castoriadis, il considère que le couplage structurel de la politique et du droit peut encore être constitutif d'un monde commun et réaliser une médiation sociale générale si les exigences de la démocratie pluraliste et du procéduralisme juridique sont authentiquement respectées (p. 381-392). À ces conditions, on peut espérer que l'espace public s'impose comme une « case blanche » qui n'appartient à personne, où la parole circule librement, qui se tient au milieu de toutes les prétentions normatives (p. 360). Dans ce *no man's land* pourrait prévaloir la recherche de l'équilibre général à travers la négociation et la consolidation des compromis nécessaires. Dans ce « vide constitutif » qui garantit la liberté de chacun pourrait s'instituer un ordre moral et politique offrant des chances d'émancipation aux perdants de la dynamique sociale (p. 391), sans verser pour autant dans une administration totalitaire du bien commun (p. 410).

5. *Garantir un exercice légitime et libéral de la contrainte publique*

Aujourd'hui, comme au temps de Thomas Hobbes, la société civile n'est pas à l'abri d'un Léviathan qui se comporterait comme un automate politique programmé pour maintenir mécaniquement l'ordre social (p. 427). L'impossibilité de fonder l'équilibre général sur une culture homogène fait en sorte qu'aucune communauté politique ne peut se dispenser d'exercer à l'occasion une contrainte pour forcer le respect des compromis négociés dans l'espace public. Le fonctionnement de l'État n'est jamais totalement exempt de la violence primitive qui entretient la méfiance, voire la terreur dans l'esprit des citoyens.

Le droit est lui-même une force publique, une forme de violence institutionnelle, appelée à exercer au besoin une coercition génératrice de peur. Cependant, l'expérience moderne de la démocratie a montré ce qu'une communauté politique peut gagner à soumettre l'exercice de la contrainte publique au respect des principes fondamentaux du droit et à ses procédés d'examen ou de révision de la validité des mesures coercitives appliquées. La possibilité de recourir à des mécanismes juridiques de contrôle transforme et civilise l'exercice de la répression. Elle permet le passage de la violence primitive à la violence légitime (p. 425 et 443). L'institutionnalisation de l'État de droit participe d'un idéalisme politique qui promeut la sécurité juridique contre l'exercice arbitraire de la puissance publique. L'État lui-même en bénéficie puisque la sécurité juridique produit dans l'esprit des citoyens un sentiment de confiance qui s'ajoute à la peur pour soutenir le respect des mesures imposées (p. 431-434).

La sécurité juridique procure aussi un bénéfice social majeur dans l'ordre des rapports de droit privé. Elle assure le respect des contrats et des autres actes juridiques produits par les justiciables dans l'exercice de leur autonomie. Le soutien institutionnel du droit aux promesses et aux engagements volontaires augmente la propension des acteurs à innover pour ouvrir de nouveaux possibles et à prendre des risques pour construire un avenir

meilleur. Le droit mobilise à fond la force normative des actes de langage performatif pour traduire symboliquement les volontés de commencement et les élans des instigateurs du progrès économique et social. Il enregistre les promesses de changement et protège l'énergie initiale des acteurs contre les défections éventuelles (p. 434-439).

Acte fondateur de l'État de droit, la constitution démocratique moderne offre, selon François Ost, une protection précieuse contre le spectre d'une société managériale abandonnée à l'autorité des experts qui visent l'efficacité sans s'embarrasser du respect de la légalité et qui accaparent la conduite des opérations sans faire appel à l'initiative des premiers intéressés (p. 442).

6. *Favoriser la remise en cause rationnelle et encadrée des équilibres sociaux existants*

Après leur contribution à l'établissement pacifique de l'équilibre social et à l'imposition légitime de mesures coercitives, les vertus procédurales du droit sont mobilisées ici au service de la contestation sociale. Il convient d'aménager des voies d'expression de cette contestation parce qu'elle est souhaitable dans l'intérêt bien compris de la société. Cependant, il faut aussi la canaliser et l'encadrer, car elle est sujette à des dérives qui peuvent porter atteinte au fonctionnement de la démocratie et à la protection publique des droits de la personne qui sont pourtant les fondements du droit de mettre en question les équilibres établis. François Ost considère que le double défi d'aménager et d'encadrer la contestation sociale s'impose avec une acuité particulière dans le contexte de la postmodernité culturelle. Les revendications individuelles et collectives pour le respect public de l'autonomie privée et des différences identitaires fragilisent les équilibres sociaux en engageant la société sur la voie de l'« hyper-individualisme » et de l'« ultra-démocratie » (p. 446).

Conscient des exigences et des périls du contexte actuel, François Ost élabore une « théorie générale de la remise en cause juridique » des équilibres sociaux (p. 459-485). Il montre à quel

point les spécificités de la culture juridique occidentale et les habiletés développées par les juristes au cours d'une évolution deux fois millénaire ont une pertinence et une utilité remarquables pour l'aménagement des voies de contestation sociale. Le droit occidental a poussé très loin les pratiques de la controverse argumentée, de la mise en doute systématique des prétentions normatives, de l'auto-interrogation et de l'auto-distanciation de l'ordre juridique par rapport à ses propres acquis, de l'ouverture constante à la réfutation des vérités établies, de la contestation surveillée des solutions antérieures et de leur révision avec un souci égal de préserver les possibilités d'évolution et d'assurer qu'elles se réalisent graduellement, en continuité profonde avec l'esprit du droit.

La vocation du droit à organiser utilement la remise en cause des équilibres sociaux est ici encore facilitée par la mobilisation exceptionnelle des ressources du langage dans le monde second du droit. Les conflits sociétaux y sont « mis en mots et en intrigues » (p. 456). Les débats y sont menés à la lumière d'une raison graphique et d'arguments doctrinaux qui éloignent de la logique spontanée des acteurs. La remise en cause prend la distance, la hauteur et le niveau d'abstraction qui conviennent mieux à l'usage public de la raison (p. 447).

Après avoir livré cette systématisation théorique, François Ost aborde de front les enjeux et les risques de la pratique contemporaine des débats parlementaires et des actes de procédure judiciaire (p. 485-555). La délibération législative et le procès n'épuisent aucunement l'arsenal des moyens de remise en cause que le droit peut offrir et offre effectivement de plus en plus. Cependant, ce sont les deux procédés dont la pratique subit le plus fortement les contrecoups de l'avènement des droits de la personne comme forces créatrices du droit et justifications de la contestation sociale. Le droit fondamental de soumettre les lois régulièrement votées à un contrôle de constitutionnalité et la revendication de décisions judiciaires qui appliquent les règles générales en se souciant de leur contextualisation réaliste et de leur interprétation équitable mettent à mal les principes traditionnels de souveraineté

parlementaire, de décision majoritaire et de méfiance envers les jugements d'équité. François Ost propose des pistes de solution favorables à des avancées nouvelles, par exemple en matière de désobéissance civile et en faveur d'un raisonnement judiciaire qui réhabilite l'art ancien de la casuistique. Il met toutefois en garde contre les excès de la démocratie constitutionnelle et de la judiciarisation de la vie politique et sociale.

E. Une ressource pour l'action : les mondes primaires du juridique

Le point de vue philosophique de François Ost l'a mené à concevoir ce que devrait être l'utilité du droit si les législateurs, les juges et les fonctionnaires se tenaient à la hauteur de l'humanisme juridique. Les fonctions et les finalités qu'il a discernées prescrivent à l'intention des agents du système juridique, et plus largement des citoyens, ce qui devrait inspirer, en théorie ou en principe, la mobilisation publique du droit.

Le point de vue sociologique que je propose en complément de la réflexion philosophique de François Ost conduit plutôt à concevoir le droit comme une ressource que les acteurs sociaux mobilisent pragmatiquement pour atteindre des buts qui peuvent avoir un caractère aussi bien privé que public. Au-delà des seuls agents officiels du système juridique, ce sont souvent les justiciables sans mandat officiel qui décident alors de ce que sera leur usage effectif du droit, sans vraiment se soucier des fonctions et des finalités idéales prescrites par l'humanisme juridique. Je me référerai ici à un texte célèbre d'un disciple du réalisme juridique américain pour illustrer à quel point la conception de l'utilité du droit change, à l'intérieur et *a fortiori* en dehors du système juridique officiel, lorsqu'on quitte la perspective idéaliste et le monde de la pensée pour emprunter la vision instrumentale des acteurs concrètement engagés dans les mondes de l'action.

En 1949, Lee Loevinger, jeune avocat engagé dans la pratique du droit de la concurrence, publiait un article intitulé « Jurimetrics. The Next Step Forward ». Il y soutenait avec une vigueur

impressionnante que les performances du système juridique américain et la contribution des avocats à la solution des problèmes de la société étaient bien inférieures aux attentes du public. Cette anomalie criante découlait, à son avis, du fait que les institutions et la communauté juridiques restaient empêtrées dans une approche philosophique ou transcendante au lieu de s'ouvrir à l'approche scientifique et pragmatique qui avait déjà triomphé dans la plupart des autres domaines de la connaissance et de l'action :

The next step forward in the long path of man's progress must be from jurisprudence (which is mere speculation about law) to jurimetrics – which is the scientific investigation of legal problems. In the field of social control (which is law) we must at least begin to use the same approach and the same methods that have enabled us to progress toward greater knowledge and control in every other field. The greatest problem facing mankind at this midpoint of the twentieth century is the inadequacy of socio-legal methods inherited from primitive ancestors to control a society which, in all other aspects, is based upon the powerful techniques of a sophisticated science. The inescapable fact is that jurisprudence bears the same relation to a modern science of jurimetrics as astrology does to astronomy, alchemy to chemistry, or phrenology to psychology. It is based upon speculation, supposition and superstition; it is concerned with meaningless questions; and, after more than two thousand years, jurisprudence has not yet offered a useful answer to any question or a workable technique for attacking any problem⁹.

Il y a une filiation évidente entre la charge de Loevinger et celle de ses prédécesseurs du réalisme juridique (*legal realism*) contre les positions conservatrices de la Cour suprême des États-Unis et des élites de la profession juridique dans la tourmente sociopolitique qui avait accompagné la crise économique des années 30 et la mise en œuvre du *New Deal* promu par le président Franklin D. Roosevelt. Dans un cas comme dans l'autre, la critique

9. Lee LOEVINGER, « Jurimetrics. The Next Step Forward », (1949) 33-5 *Minnesota Law Review* 445, 483.

des jeunes turcs contre la culture juridique officielle était une claire manifestation de « ces explosions périodiques d'exaspération passionnée contre la raison, la pensée et le discours rationnel qui sont les réactions naturelles des hommes qui savent par leurs propres expériences que la pensée et la réalité ont divorcé, que la réalité est devenue opaque à la lumière de la pensée ...¹⁰ ».

Dans l'esprit de Loevinger, le divorce était, en effet, consommé entre la théorie générale du droit héritée des querelles sans fin de la tradition philosophique et la réalité d'une société moderne résolument engagée dans la solution de ses problèmes par la mobilisation du savoir théorique et des techniques d'intervention fondées sur la connaissance scientifique et la recherche expérimentale. La pensée dominante du droit puisait encore ses fondements, ses repères et ses justifications dans les théories des philosophes du droit, alors que l'opinion publique réclamait des actions juridiques dont l'utilité et l'efficacité reposeraient sur une connaissance empirique de la nature des problèmes à résoudre et de la qualité des résultats atteints grâce aux techniques d'intervention utilisées.

L'exaspération contre la pensée philosophique et la ferveur scientifique exprimées par Loevinger confèrent à la fois de la force et de la faiblesse de conviction à sa thèse. Il le reconnaissait lui-même en constatant que la croisade de ses précurseurs réalistes, si elle avait favorisé des changements remarquables dans le système juridique, par exemple, le développement du droit administratif fédéral pour faire contrepoids au droit privé libéral, si elle avait trouvé des alliés ou des disciples dans la communauté juridique, notamment parmi les adeptes des nouvelles approches scientifiques du droit (droit et société, économie du droit, droit et informatique, etc.), restait tout de même très loin d'avoir mis fin au règne des écoles de pensée philosophique. Ces dernières s'étaient maintenues ou renouvelées, y compris en définissant le droit dans une perspective téléologique et plus ouverte au raisonnement scientifique. Les idées anciennes ou nouvelles, bien plus que les faits

10. H. ARENDT, préc., note 2, p. 15.

scientifiquement établis, demeureraient les références symboliques principales du discours des élites sur le droit, ses fonctions et ses finalités.

Quoi qu'il en soit de ses forces et de ses faiblesses, le texte de Loevinger me paraît exemplaire, par son radicalisme même, d'une conception authentiquement moderne du droit et de son utilité. Cette conception a pris racine dans les sociétés occidentales du XIX^e siècle marquées par les révolutions démocratiques, par le positivisme scientifique et par l'érosion de la culture traditionnelle confrontée aux manières modernes de penser et d'agir. Dans ce contexte, la « Société » s'invente et se conçoit, en antinomie avec « la bonne société » de l'Ancien Régime, comme une entité démocratique apte à décider de ce que sera son avenir et capable de se donner des institutions et des instruments de changement qui lui procureront ce devenir. Après avoir été longtemps considérés positivement ou négativement comme des instances de reproduction de l'ordre social traditionnel, l'État et son droit positif seront de plus en plus perçus comme des vecteurs privilégiés des changements sociaux collectivement choisis et sans cesse remaniés.

Les idéologies sociopolitiques et les sciences humaines ont pris racine dans les brèches de la culture traditionnelle pour amplifier et soutenir les aspirations au progrès scientifiquement orienté. En rétrospective, on peut dire qu'elles ont promu une culture existentialiste de la société qui a précédé et rendu possible l'affirmation ultérieure de la conception postmoderne de l'individu et de sa liberté existentielle. Dans cette culture d'autotransformation de la société et de l'individu, l'utilité du droit, ses fonctions et ses finalités ne se conçoivent plus en rapport avec un modèle essentialiste fixant un devoir-être transhistorique et universel auquel chaque droit positif devrait s'efforcer de correspondre. Elles dépendent plutôt de façon très concrète des tâches précises qui ont été assignées à telle ou telle instance du système juridique, des mandats particuliers confiés aux juristes et de la contribution attendue des interventions juridiques dans la réalisation d'une stratégie d'action orientée en fonction d'un but d'intérêt public ou privé.

Comment Loevinger aurait-il jugé la démarche intellectuelle de François Ost et ses propositions sur l'utilité du droit? Quel jugement aurait-il porté, d'abord, sur l'exercice de pensée qui se voulait « expérimental » selon François Ost (p. 36) puisqu'il était déterminé à pratiquer une autocritique de tous les instants, une dialectique qui ne désarmerait jamais, une ouverture constante au surgissement des paradoxes? Loevinger en aurait probablement reconnu la lucidité et la rigueur, comme il avait salué celles de Rudolf von Jhering (p. 460), mais il l'aurait tout de même rangé dans la catégorie des « spéculations de fauteuil » (*armchair speculation*) (p. 472) produites par une pensée, aussi brillante soit-elle, qui ne se confronte en définitive qu'avec elle-même et avec les spéculations d'autres auteurs. L'exercice de pensée philosophique procède, en effet, d'une idée à une autre idée, par exemple de l'idée de démocratie, de justice ou d'être humain à l'idée de droit ou d'État de droit. L'investigation scientifique prônée par Loevinger s'en distingue radicalement en ce que la pensée du chercheur doit affronter les faits empiriquement observés par lui-même ou par d'autres chercheurs et rectifier ensuite la théorie initiale à la lumière des données de l'expérience. « Essai-erreur-changement » (p. 474-475), telle serait la dynamique d'une approche scientifique qui soumet chaque utilité hypothétique à un test de vérification expérimentale. Telle ou telle théorie du droit sera dès lors tenue pour vraie, amendée ou rejetée selon ce que révélera la connaissance empirique du rapport entre l'objectif recherché et le moyen juridique proposé pour l'atteindre.

Comment Loevinger aurait-il reçu la théorie du « passage au droit » conçu comme l'entrée dans un monde second où s'exercerait, au bénéfice de la société et de l'individu, une construction symbolique de la réalité, du rapport à autrui, de la communauté politique et de la personne libre et responsable qui assume dignement sa condition humaine? Les fonctions générales que François Ost attribue au droit, après avoir pris au sérieux la mécanique interne du jeu juridique, lui auraient probablement rappelé la thèse d'un Thurman Arnold définissant le droit comme un « réservoir de symboles » et lui reconnaissant une fonction commune à toutes les institutions sociales, celle d'exprimer et

d'entretenir les rêves et les aspirations d'une collectivité (p. 472). Toutefois, Loevinger aurait aussitôt fait remarquer que cette insistance sur la fonction symbolique ne fait que poursuivre la traditionnelle quête de la pierre philosophale du droit (p. 472). Il est encore question, en effet, de concevoir le droit et son utilité à partir d'un « arrière-monde » transcendant qui serait la source symbolique, le garant en validité et le critère de légitimité du droit positif et des usages plus ou moins satisfaisants auxquels le destinent les acteurs publics ou privés.

Loevinger avait pris soin de résumer (p. 457-467) l'évolution de la tradition philosophique à travers la succession des conceptions de cette arrière-monde du droit fondées d'abord sur les idées de « Dieu », de « Nature » et de « Raison », renouvelées à l'ère moderne avec les idées de « Nation », d'« État » et de « Société », se référant plus volontiers aujourd'hui à l'idée d'« Humanité » dont participe notamment l'humanisme juridique de François Ost. Ces diverses conceptions philosophiques ne peuvent qu'être récusées par une approche scientifique, car l'utilité qu'elles confèrent au droit se déduit de l'idée centrale autour de laquelle se structure l'arrière-monde du droit, au lieu de se constater à la lumière des faits observés. Conçue à partir d'un arrière-monde symbolique, l'utilité du droit devient elle-même une idée qui se valide à travers son rapport logique avec la valeur érigée en fondement du droit. Elle acquiert ainsi une valeur normative, en tant qu'« utilité attendue » qui permet de juger les usages concrets du droit, d'en critiquer la non-conformité à l'idéal, d'en décréter même l'inutilité ou la nocivité de principe. L'acceptabilité d'un usage du droit participe alors de la décision d'une autorité officielle ou du jugement théorique des savants qui sont réputés maîtriser le mieux la connaissance interne de l'arrière-monde philosophique. L'utilité du droit ne se constate pas dans le consensus d'une communauté de chercheurs prenant acte des mêmes résultats expérimentaux, comme un fait de connaissance scientifique. Elle se proclame dogmatiquement ou s'interprète doctrinalement, tel un fait de croyance, à l'intérieur d'une communauté de convertis, soit ceux qui sont « passés au droit ».

Comment Loevinger aurait-il considéré les trois finalités intrinsèques qui seraient, selon François Ost, les apports spécifiques du droit à l'exercice de la démocratie, de la justice et de la défense de la dignité humaine : arbitrer les conflits sociétaux en favorisant l'équilibre général des valeurs et des systèmes de référence? Garantir un exercice légitime et libéral de la contrainte publique? Canaliser et encadrer la remise en cause des équilibres établis? Loevinger aurait vraisemblablement fait le rapprochement entre ces finalités et les idées principales qui avaient animé le courant de la jurisprudence sociologique (*sociological jurisprudence*) et la pensée de son chef de file Roscoe Pound qui définissait le droit comme « forme hautement spécialisée de contrôle social dans une société développée et organisée politiquement » (p. 463). Toutefois, Loevinger n'en aurait pas moins jugé que cette définition de la nature du droit par la mise en évidence de ses finalités intrinsèques pose des questions qui ne peuvent recevoir de réponses ou faire l'objet d'un assentiment que sur une base conventionnelle et en définitive arbitraire : « Whatever the definition, it is an arbitrary one, as it exists only by virtue of general agreement, and cannot be « proved » or « disproved », since it cannot rationally be called either « right » or « wrong » [...] The nature of law is whatever we define the term to mean, and we may define it as suits our pleasure and convenience¹¹. »

Loevinger aurait pu convenir que les finalités intrinsèques indiquées par François Ost sont en consonance substantielle avec la représentation du droit que les juristes, les élites et même le public contemporains aiment entretenir, à plus forte raison quand elle convient à leurs projets et à la défense de leurs intérêts. Cependant, quel que soit le rayonnement conventionnel de ces finalités, elles n'en demeurent pas moins des assertions générales, abstraites, sujettes à débat et « statiques » dans la mesure où elles ne peuvent être validées que par une autorité compétente dont la décision aura valeur de vérité établie (p. 488-489). En tant que telles, ces assertions ne sont pas susceptibles d'une vérification expérimentale. Comment définir et mesurer l'« équilibre social

11. L. LOEVINGER, préc., note 9, 468.

général », la « contrainte publique légitime », la « remise en cause réglée »?

Le programme de recherche esquissé par Loevinger montre à quel point les questions de la jurimétrie qu'il préconise sont spécifiques, concrètes, opérationnalisables et « dynamiques », car elles ne pourront recevoir qu'une réponse expérimentale appelée à changer au fil des recherches empiriques effectuées. Les exemples suivants suffiront à montrer l'écart saisissant entre la conception de l'utilité du droit de Loevinger et celle que propose François Ost : quelles sont la fiabilité statistique et la validité (expérimentale) des méthodes actuelles de détection du mensonge chez les personnes témoignant en justice? Quelles mesures statistiques résumeront de manière appropriée le comportement des juges dans les diverses catégories de litiges qui leur sont soumis? Quels procédés pourraient être institués dans les assemblées législatives en vue de procurer aux législateurs des données pertinentes et fiables concernant les sujets à l'étude? Quels procédés sémantiques peuvent être utilisés pour faire du jargon juridique un moyen de communication utile? Comment les délais de la procédure judiciaire, au stade de l'audition ou du jugement, peuvent-ils être éliminés ou minimisés? Quelles techniques et institutions peuvent être mises en œuvre pour offrir des chances de développement normal aux enfants de parents divorcés ou de foyers délinquants? Comment les tendances pathologiques de certaines personnes peuvent-elles être détectées avant que ne se produisent des problèmes sérieux? Quelle est l'efficacité du droit commun de la responsabilité civile comme réponse aux besoins des victimes d'accidents?

Cette énumération non exhaustive aura sans doute permis de comprendre au moins deux choses concernant l'utilité du droit envisagée par Loevinger. Premièrement, elle se conçoit et se mesure du point de vue d'une action stratégique orientée vers l'avenir : une « lacune » a été mise en évidence dans le fonctionnement du système juridique ou un « problème social » est publiquement reconnu; quelle est l'utilité de la solution juridique actuellement préconisée pour traiter ce problème et quelle serait celle d'une

solution alternative de nature juridique ou non? Deuxièmement, les applications utiles du droit se révèlent aussi innombrables et diverses que les problèmes dont on a confié la solution au système juridique ou aux avocats et ceux qu'on leur confiera à l'avenir.

En quittant l'arrière-monde symbolique qui menait à concevoir pour le droit quelques fonctions ou finalités peu nombreuses mais assez grandioses, la quête de l'utilité du droit dans le monde premier de l'action pragmatique fait découvrir un nombre illimité et en bonne partie insoupçonné de pratiques juridiques assignées à des buts qu'on ne songerait pas à désigner comme des fonctions, des finalités ou des valeurs générales et transcendantes. Ces buts pourront être jugés d'importance sociale relative ou même triviale ou encore certains paraîtront inspirés par des ambitions naïves ou moralement douteuses, mais ils auront tous, en principe, la légitimité d'avoir été choisis par des acteurs exerçant le pouvoir ou l'autonomie juridique qui leur sont reconnus. Dans cet univers de l'action, le droit n'a pas l'importance symbolique d'une œuvre de civilisation plus que millénaire ni la grandeur d'une institution sociopolitique centrale. Son usage prend la dimension bien plus modeste de la tâche précise à effectuer dans un contexte d'opération le plus souvent ordinaire et sans grande visibilité sociale. Ses applications sont celles d'un « droit à tout faire¹² » dont on ne peut découvrir le plein potentiel utilitaire qu'en suivant les acteurs dans les méandres sans fin de la vie sociale.

La démarche philosophique de François Ost invite à entrer dans le monde second de la pensée où se produit et se joue une idée très concentrée ou très pure du droit et de son utilité sociale. La perspective jurimétrique de Loevinger invite, au contraire, à sortir de ce monde symbolique pour pénétrer dans les mondes primaires de l'action où les diverses potentialités du droit sont appropriées, et au besoin inventées, comme des ressources utiles, voire nécessaires

12. Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 205. François Ost se réfère plusieurs fois à cette étude (p. 20, 34, 64, 90 et 226).

à l'atteinte d'un but dont la rationalité extrajuridique surdétermine la rationalité interne du moyen de droit mobilisé.

Encore faut-il noter que le texte de Loevinger ne fournit qu'une image réductrice du potentiel de mobilisation du droit au service de l'action. Ses questions de recherche ne concernent manifestement que la sphère de l'action publique, traditionnelle lorsqu'elle s'exerce à l'intérieur des institutions judiciaires et législatives, plus novatrice lorsqu'elle s'étend, conformément aux revendications des juristes réalistes, à l'ensemble des moyens mis en œuvre pour réaliser des politiques publiques de prise en charge étatique des problèmes sociaux. Cette vision réductrice se comprend bien à la lumière du contexte sociopolitique et des engagements professionnels de Loevinger. Cependant, elle a l'énorme inconvénient de suggérer que la mobilisation du droit comme ressource pour l'action n'aurait commencé qu'au milieu du XX^e siècle et n'aurait servi que les politiques de l'État social. Ce serait évidemment oublier la mobilisation massive du juridique au service de l'action privée. Elle est au moins aussi ancienne que la pratique professionnelle libérale du droit¹³ et s'est poursuivie au XX^e siècle en s'adaptant au droit étatique interventionniste. Elle trouve présentement un champ d'application qui s'accroît au rythme de la mondialisation, dans une conjoncture néolibérale qui n'a rien à envier à la période du libéralisme classique. Il y a eu et il y a encore, pour les juristes praticiens, de multiples façons de servir juridiquement les stratégies d'action économique, personnelle, familiale, communautaire, politique ou religieuse des individus et des groupes : le contrat nommé ou innommé, la société par actions, le testament, l'acte de fiducie, la constitution d'une personne morale à but non lucratif, les tactiques judiciaires, le lobbying auprès des instances législatives ou exécutives de l'État...

À cet égard, la perspective proposée par François Ost se révèle plus large et féconde que celle de Loevinger. D'abord, parce qu'il prend au sérieux la science des juristes, la prolifération des

13. Gerry R. RUBIN et David SUGARMAN, *Law, Economy and Society, 1750-1914: Essays in the History of English Law*, Abingdon, Professional Books, 1984.

branches du droit positif et les multiples spécialisations professionnelles des juristes aussi bien dans le champ du droit privé, du droit économique et du droit social que dans celui du droit public national et supranational ainsi que, de plus en plus, dans celui du droit transnational ou global. La réflexion de François Ost a aussi cet avantage insigne de souligner l'importance capitale du langage performatif dans la théorie et plus encore dans la pratique du droit moderne. On ne dira jamais assez à quel point la convention à la fois professionnelle, politique et sociale qui rend possible et légitime le fait de changer la situation juridique des personnes et des choses par des actes de langage performatif conformes aux conditions de validité posées par le droit en vigueur est un acquis de civilisation dont la culture moderne s'est emparée pour mieux disposer de la culture traditionnelle en liant le destin du droit aux processus publics et privés de changement planifié.

La science authentiquement moderne du droit existe et, contrairement à ce que Loevinger semblait croire, elle a entrepris dès le XIX^e siècle, comme les autres sciences humaines, mais à sa façon propre, de se détacher de la culture philosophique du droit à la faveur d'un pari positiviste qui lui a fait circonscrire son objet d'étude aux actes performatifs publics et privés, sans s'embarrasser de l'ancienne théorie générale du droit ou des philosophies autres que le positivisme juridique. Cette rupture culturelle s'est progressivement confirmée dans la doctrine savante, dans l'enseignement du droit et plus encore dans sa pratique professionnelle. La grande majorité des juristes considèrent aujourd'hui que la connaissance théorique du droit positif et le maniement professionnel des techniques du langage juridique performatif ne requièrent pas un consensus sur la nature du droit et ses finalités. Beaucoup d'entre eux sont même enclins à penser qu'il vaut mieux se départir des idées générales et des croyances sur les finalités du droit pour exercer correctement leur métier, en laissant aux clients ou aux commettants le choix et la responsabilité des buts qu'on leur demande de servir en mobilisant les ressources du droit.

L'évolution de la science juridique et de la pratique professionnelle du droit depuis les débuts de la modernité s'est

effectuée dans le double sens de la libéralisation du pouvoir de produire des actes de langage performatif et de la diversification de leurs formes ou techniques. L'État et ses trois pouvoirs constitutionnels en ont été les premiers détenteurs et conservent encore le monopole des actes qui ont la plus grande visibilité sociale et le plus de portée juridique : la loi, la décision judiciaire et l'acte administratif. Cependant, depuis la *Magna Carta* et au rythme de progression du libéralisme, les classes sociales supérieures, les personnes morales de droit privé et une proportion croissante des citoyens ont pu mobiliser à leur profit les ressources du langage juridique performatif.

Au fur et à mesure de cette évolution s'est exercé un effet de désymbolisation et de désinstitutionnalisation de la pratique des actes juridiques¹⁴. Loin de l'univers de sens et des rituels institués auxquels continue d'obéir, en principe du moins, la production publique du droit à travers ses sources formelles éminentes, la mobilisation du langage juridique performatif dans les mondes primaires de l'action en fait un procédé opératoire parmi d'autres procédés permettant de progresser méthodiquement vers l'atteinte du but visé. L'acte juridique est bien sûr une ressource différente des autres, car sa validité et donc son intérêt stratégique sont cautionnés par l'intervention de juristes et restent sujets à un contrôle judiciaire ou administratif. Mais, c'est une ressource

14. En devenant un vaste ensemble d'organisations affectées à la mise en œuvre des politiques publiques, l'État contribue lui-même à la désymbolisation et à la désinstitutionnalisation du droit moderne. Cela influe tout particulièrement sur la symbolique républicaine de la laïcité et de la citoyenneté, comme le souligne Monique Castillo dans « La laïcité comme spiritualité », (2016) 4223 *Études* 57, 67 :

Comme l'État a laissé s'atrophier son pouvoir symbolique au bénéfice de son pouvoir économique, le besoin d'une refondation de son pouvoir de faire sens est exigé, aujourd'hui, par les nouvelles inégalités, qui ne sont plus tant des inégalités de revenus ou d'accès aux services publics que des inégalités langagières, des inégalités d'ordre symbolique et culturel. Le prolétaire d'aujourd'hui est celui à qui manquent les moyens de s'exprimer, de traduire ses sentiments, de maîtriser les codes; l'inégalité langagière creuse un fossé entre ceux qui savent se faire comprendre et ceux qui ne le savent pas.

assignée directement à la poursuite du même but concret au service duquel d'autres ressources fondées sur d'autres institutions et d'autres savoirs sont également mobilisées.

L'organisation, qui est devenue la forme dominante de structuration de l'action dans la plupart des sphères de la société, depuis l'économie jusqu'à l'administration publique, sans oublier la culture et la science, est sans aucun doute l'instance qui réussit le mieux à mobiliser les techniques de la performativité juridique, comme d'ailleurs bien d'autres techniques, pour augmenter sa puissance opératoire. Ses performances supérieures à celles des autres participants dans les jeux juridiques institutionnalisés, notamment judiciaires, sont bien connues des sociologues du droit et largement soupçonnées dans l'opinion publique. Toutefois, la supériorité la plus déterminante de l'organisation réside dans sa capacité d'endogénéiser la pratique des actes juridiques et de créer le « droit maison » qui répond précisément aux exigences de son action¹⁵. La réglementation interne, les contrats types imposés à ses agents ou à ses partenaires, la justice et la discipline domestiques qu'elle peut soustraire largement au contrôle des instances étatiques, avec ou sans le consentement des assujettis, sont des manifestations parmi d'autres d'un ordre juridique organisationnel qui assure son fonctionnement à l'ombre ou en marge du droit de l'État ou des États, en utilisant paradoxalement comme leviers les moyens performatifs que ces derniers mettent à sa disposition.

L'individu postmoderne est lui aussi un agent significatif de la désymbolisation et de la désinstitutionnalisation du langage juridique performatif, pour autant du moins qu'il veuille exercer pleinement son droit constitutionnel à la vie privée et à la différence identitaire¹⁶. Le contrat taillé sur mesure pour encadrer un mode

15. Voir à ce sujet le dossier de recherche de Jérôme PÉLISSE, « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi », (2011) 77 *Droit et Société* 5. Aussi Mark C. SUCHMAN et Lauren B. EDELMAN, « When the Haves Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law », (1999) 33 *Law and Society Review* 4, 941.

16. Jean-François PERRIN, *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Genève, Schulthess Éditions romandes, 2013.

de vie atypique, l'acte juridique qui permet de changer le nom patronymique ou la désignation du sexe, le testament ou la fiducie qui institue un animal de compagnie comme bénéficiaire du patrimoine ou bien les directives de fin de vie adressées aux proches ne sont probablement que des signes précurseurs et encore militants d'une évolution culturelle qui mènera l'individu à concevoir et à administrer son ordre juridique personnel. Sa première ambition n'est pas de participer aux jeux de droit institutionnalisés à titre de personne juridique égale aux autres. Il entend plutôt mobiliser le langage juridique performatif pour exprimer et soutenir une stratégie de vie et une morale personnelles fondées sur la recherche de l'authenticité, de la singularité, du moi multiple et changeant¹⁷. Quand on y pense bien, cette mobilisation existentialiste du droit s'inscrit dans le prolongement du « grand désencastrement de l'individu » qui a trouvé son impulsion dans l'avènement de la culture moderne¹⁸. La fabrique de soi à travers le choix délibéré des appartenances et l'interprétation personnelle des contraintes sociales progresse au rythme d'une sécularisation qui ne s'exprime pas seulement à l'égard de la religion, mais aussi du droit et vraisemblablement de toutes les autres sphères de la culture.

Les acteurs de la société traditionnelle avançaient lentement en gardant un œil fixé sur le rétroviseur où se trouvait réfléchi un condensé rassurant de leur culture héritée. Ceux de la société moderne se déplacent rapidement, les yeux grands ouverts sur un horizon de mouvements optionnels, dans des directions multiples et vers des destinations inconnues. Le droit traditionnel participait d'une « culture instituée » pourvoyeuse de significations et de références symboliques pour la collectivité et ses membres. Le droit moderne tient plutôt d'une « culture dispersée » dans d'innombrables microcosmes au sein desquels les acteurs produisent leur existence et leur droit, en suivant des plans organisationnels ou des

17. Jacques MARCHAND, *Autonomie personnelle et stratégie de vie. Essai de morale fondamentale*, Montréal, Liber, 2000.

18. Charles TAYLOR, *L'âge séculier*, trad. de l'anglais par Patrick SAVIDAN, Montréal, Boréal, 2011, p. 263-286.

choix individuels qui sont leurs références particulières, leur culture fabriquée.

Dans l'univers de sens traditionnel, une cosmologie articulée faisait prévaloir une certaine idée de l'Homme, de la Société et du Droit évoluant dans un monde symbolique bien circonscrit. Dans tous les lieux où s'exerce désormais la puissance technique de produire les modalités de l'existence humaine et ses théâtres d'opération, l'ancienne cosmologie consensuelle du droit a fait place à la dispersion et à l'hétérogénéité des vécus juridiques fabriqués.

F. Un refuge contre le vertige : l'homme de la technologie et l'héritage de l'humanisme juridique

On ne répondra pas adéquatement à la question de l'utilité contemporaine du droit en adoptant de façon exclusive la philosophie idéaliste de François Ost ou la jurimétrie réaliste de Loevinger. Nul besoin d'être fin sociologue pour constater que la société de la modernité avancée ou de la postmodernité reste le théâtre d'un discours public et de pratiques institutionnelles fortement médiatisées qui magnifient les vertus sociales du droit et de sa rationalité spécifique. En même temps, la société contemporaine se fractionne en d'innombrables microcosmes d'action dominés par l'appropriation technique de tous les savoirs, y compris celui des praticiens du droit. La mobilisation du juridique y perd la pureté et la grandeur d'une symbolique institutionnelle, mais elle y gagne les bénéfices d'une connivence dynamique avec l'action transformatrice des acteurs sociaux.

Fernand Dumont – était-il philosophe ou sociologue? – a proposé plusieurs pistes de réflexion et quelques concepts-clés pour rendre compte de cette dualité ou de cette fracture dans la société et la culture modernes. À la suite de Friedrich Nietzsche et de Max Weber, il reconnaissait d'emblée que l'avènement de la culture

technique a entraîné le basculement des esprits dans « un univers désenchanté » :

Nous ne savons plus ordonner les impératifs économiques selon des finalités... Nous habitons une Cité dont les moyens d'action sont de mieux en mieux visibles, tandis que se dérobe à nos prises la « république des fins » dont parlait Kant. En dépit de toutes les techniques dont nous disposons, nous ne pouvons plus apprivoiser les rêves au point où ils s'accorderaient avec nos pratiques rationnelles et leur prêteraient une raison d'être, un avenir¹⁹.

Cependant, Dumont affirmait aussitôt sa conviction que, dans ce monde où dominent la « production » des choses et des existences, l'« horizontalité » ou l'immanence des actions stratégiques et la « régulation » des opérations sur la base de normes abstraites, il y a encore de « grands poèmes collectifs » (des idéologies) et des pratiques tournés vers la « signification » ou la représentation, vers une « verticalité nouvelle » ou une « transcendance sans nom », vers l'aspiration éthique à une « qualité plus ou moins élevée des mœurs ».

Le sort ou la « tragédie de la culture » contemporaine se joue, selon Dumont, dans cette « coprésence » de la puissance technique et des croyances symboliques. Elles sont les deux polarités opposées, mais complémentaires d'une culture inédite, comme l'envers et l'endroit d'un tissu social à double face, pour ne pas dire schizophrénique. Pour compenser ou supporter l'intransigeance de la culture technique qui surdétermine les conditions empiriques de leurs existences, les individus entretiennent des « vécus parallèles » qui leur permettent tantôt de participer à l'existence collective sous le mode de la procuration, tantôt de s'échapper dans des imaginaires plus ou moins originaux. Dans l'ordre des comporte-

19. Fernand DUMONT, *Récit d'une émigration. Mémoires*, Montréal, Boréal, 1997, p. 258. Dans les pages qui suivent, les expressions entre guillemets, de même que les notions précédemment utilisées de « culture instituée » et de « culture dispersée », sont tirées des trois derniers chapitres du livre posthume de Dumont (*id.*, p. 167-265).

ments, les vécus parallèles sont ceux du travail astreint à la contrainte technique et du loisir librement pratiqué. Dans l'ordre du langage coexistent la communication des informations requises pour l'exercice de la raison instrumentale et la « poétique » où peut s'exprimer et se rassurer la « raison ardente, inquiète et espérante » de ceux qui ne trouvent pas leur compte dans la civilisation technologique.

Le droit contemporain me semble lui aussi un univers de « vécus parallèles ». Le travail doctrinal de la plupart des juristes universitaires consiste à systématiser la connaissance du droit positif et à procurer ainsi à la communauté juridique une information exacte et la plus exhaustive possible. À l'occasion, leur exposé du droit en vigueur est complété par la proposition de réformes qui seraient souhaitables pour mieux répondre aux objectifs visés. Le travail professionnel des praticiens prend surtout la forme d'avis juridiques et de documents rédigés au bénéfice de clients ou d'employeurs publics ou privés aussi nombreux et diversifiés que le sont les contextes de l'action organisationnelle et individuelle. Pour la majorité d'entre eux, la représentation des commettants dans les institutions judiciaires et législatives, à plus forte raison au plus haut niveau, n'occupe qu'une portion modeste de l'activité professionnelle. Pour l'essentiel, ces « travailleurs de la preuve » répondent aux exigences d'une connaissance et d'une mobilisation techniques du juridique considéré comme une ressource pour l'action stratégique. C'est la part de l'« homme de la technologie » (*homo techno-logicus*) et de sa rationalité instrumentale. Après avoir « hominisé la nature » par sa présence envahissante, après avoir « spiritualisé la matière » par une action transformatrice appliquant les lois scientifiques et la logique mathématique, l'« homme de la technologie » investit l'univers du droit. Il l'assigne à la poursuite de buts utilitaires et changeants au lieu d'y chercher des vérités éternelles. Son ambition est de contribuer à ce que le droit fasse effectivement le bonheur des êtres humains au lieu de les maintenir dans l'illusion d'être heureux²⁰.

20. Yves GINGRAS, *Éloge de l'homo techno-logicus*, coll. « Les Grandes Conférences », Montréal, Fides, 2005, p. 28-29. Cet auteur se réfère aux

En parallèle se déploient au sein des facultés de droit et dans la pratique professionnelle d'autres activités de connaissance et d'intervention qui sont loin d'occuper une place aussi importante, mais dont le rayonnement universitaire et la visibilité sociale surpassent souvent ceux de la connaissance et de la pratique ordinaires. Des universitaires s'autorisent de leur liberté critique pour remettre en question l'idée de droit ou les phénomènes juridiques en s'affranchissant autant que possible de « la grisaille de la science normale ». Des praticiens engagés se réclament de la lutte légitime pour le droit et plus récemment de la politique des droits fondamentaux en évitant le plus souvent possible la pratique routinière de la profession. L'engagement des premiers dans la recherche fondamentale et celui des seconds dans la représentation judiciaire ont en commun de miser à fond sur la dimension symbolique du droit pour la soumettre à une interrogation théorique ou à une utilisation professionnelle qui pactisent le moins possible avec les contraintes de la rationalité instrumentale. C'est la part de l'*homo juridicus*, celle des « travailleurs de l'imaginaire » qui aspirent à soutenir librement l'idéal spécifique d'une science et d'une pratique du droit se tenant à bonne distance des mondes primaires de l'action pour mieux affirmer leur utilité symbolique.

La société contemporaine soutient et sollicite l'un et l'autre de ces deux vécus parallèles²¹. Cependant, comment s'articule la coprésence des utilités instrumentale et symbolique? Quel est le

concepts d'« hominisation de la nature » et de « spiritualisation de la matière » forgés respectivement par le frère Marie-Victorin et le père Teilhard de Chardin. Gingras rappelle aussi que la défense des techniciens contre le mépris des savants a été entreprise dès les XVII^e et XVIII^e siècles, notamment par Francis Bacon et Denis Diderot. Dans un article de l'*Encyclopédie*, Diderot dénonçait l'injustice qui fait qu'on loue davantage « les hommes occupés à faire croire que nous étions heureux, que les hommes occupés à faire que nous le fussions en effet... Quelle bizarrerie dans nos jugements! Nous exigeons qu'on s'occupe utilement et nous méprisons les hommes utiles » (*id.*, p. 22-23).

21. La conception du rôle des juristes théoriciens et praticiens diffère fortement selon qu'on adopte la perspective philosophique de F. OST, préc., note 1, p. 547-555, ou celle de la sociologie politique du droit préconisée par J. COMMAILLE, préc., note 8, p. 94-155.

rapport dialectique entre la mobilisation du juridique au service de l'action ou de la puissance et celle du droit au service de la représentation ou du sens? Dans « un monde dont le modèle officiel n'est pas poétique mais technique », il me paraît de bonne logique sociologique de postuler que l'utilité instrumentale a la préséance sur l'autre. Elle vient en premier et contribue à la structuration générale de l'existence collective et individuelle. L'utilité symbolique arrive en second et produit des effets de psychologie collective ou individuelle qui réparent et font oublier tant bien que mal les ratés ou les excès de la rationalité instrumentale. Le passage des théâtres d'opération du juridique instrumentalisé au théâtre symbolique du droit institutionnalisé est loin d'avoir l'insignifiance utilitaire que lui prêtait Loevinger. Toutefois, les fonctions générales et les finalités spécifiques que François Ost attribue au monde second du droit institutionnalisé ont moins à voir avec la longue tradition culturelle du droit occidental qu'avec les répercussions de la pensée technique qui domine dans la culture contemporaine.

Ma thèse personnelle est que le théâtre symbolique du droit produit à l'époque actuelle des représentations de la réalité et des jugements de valeurs dont la fonction primordiale est de pallier le vertige collectif et individuel qui va de pair avec la production technique de l'existence. La mise en scène et la solution juridique officielles des problèmes de la civilisation technologique, particulièrement à travers la mobilisation des plus hautes instances de justice, offrent un refuge symbolique pour ceux et celles dont la conscience et l'intelligence ne peuvent supporter que l'action et la vie se plient désormais à des instruments qui ont pris congé de la culture humaniste héritée²².

22. Le repli des instances judiciaires supérieures dans une fonction éthique ou dans un rôle de « conscience morale de la société » pourrait être corrélatif au remplacement du droit par les sciences sociales dans la gestion de l'État. C'est la thèse soutenue par W. Timothy MURPHY, *The Oldest Social Science? Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 1997. La fonction instrumentale du droit, quant à elle, serait exercée par les avocats dont la pratique consiste dorénavant à administrer les affaires juridiques de leurs clients ou commettants dans le secret de leur cabinet bien plus que dans la représentation judiciaire (*id.*, p. 186-210).

La mise en scène de l'humanisme juridique s'offre d'abord comme un refuge contre le vertige moral que beaucoup de contemporains éprouvent encore devant les usages de la technique dont les répercussions heurtent violemment la conscience. J'en vois une illustration archétypale dans la conduite des procès de Nuremberg pour sanctionner l'Holocauste pratiqué méthodiquement par les militaires allemands et peut-être aussi pour restaurer la crédibilité morale des États-Unis après l'autre solution finale appliquée techniquement aux populations civiles d'Hiroshima et de Nagasaki...

Les usages de la technique ne versent heureusement pas en général dans de telles barbaries. Cependant, ses applications courantes produisent d'autres sortes de vertiges, y compris et peut-être surtout lorsque les résultats sont jugés positifs en eux-mêmes. Le comédien et dramaturge Robert Lepage décrit ces vertiges de façon saisissante dans une pièce de théâtre intitulée *La face cachée de la lune*. Jouée pour la première fois en 2000, cette pièce est représentative de la civilisation technologique tant par sa mobilisation scénique des objets techniques et du multimédia que par sa thématique des sentiments contradictoires du personnage principal à l'égard des avancées scientifiques et techniques qui le fascinent et le font pénétrer dans un monde déconcertant²³.

À 40 ans, Philippe s'acharne encore à terminer un doctorat en philosophie de la culture. Sa thèse porte sur les phénomènes scientifiques et leur impact sur la culture populaire au XX^e siècle. Il s'intéresse plus particulièrement aux répercussions culturelles des programmes d'exploration spatiale qui le passionnent depuis son enfance. Il voue une profonde admiration aux savants dont les prouesses théoriques et techniques ont permis de propulser des humains dans la stratosphère, dépassant ainsi la force gravitationnelle de la terre. Philippe est bien au fait des découvertes que l'exploration spatiale a rendues possibles et promet encore pour la connaissance de l'espace extraterrestre. Toutefois, il constate

23. Robert LEPAGE, *La face cachée de la lune*, Québec, L'instant même et Ex Machina, 2007.

avec tristesse et indignation à quel point la culture populaire ne s'est imprégnée de la culture scientifique que d'une façon très superficielle et grotesque. Après l'excitation causée par la course entre les Américains et les Soviétiques, après la spectaculaire télédiffusion des premiers pas sur la lune, le commun des mortels s'est désintéressé de l'exploration spatiale. Il n'en voit l'utilité que pour l'amélioration des prévisions météorologiques qu'il consulte quotidiennement. Pour le reste, il continue d'entretenir ses anciennes illusions sur la place de la terre dans l'univers. Il pratique toujours allègrement les mêmes bassesses : la jalousie, l'insensibilité à l'inégale répartition des richesses entre les populations du globe, l'amertume ou l'orgueil blessé qui empêche de réconcilier les peuples ou les individus, la vanité et le narcissisme, l'attrait pour l'argent et la consommation. Le plus affligeant pour Philippe a peut-être été de constater que les programmes d'exploration spatiale ont eux-mêmes été motivés, « non pas par la curiosité et la soif de savoir, mais bien par le narcissisme » (Lepage, p. 16). L'issue de la course pour la conquête de la lune ne cesse de le hanter : les astronautes américains, parce que leur recherche des étoiles est mieux financée, y sont arrivés avant les cosmonautes soviétiques inspirés par la recherche de l'ordre harmonieux ou de la beauté de l'univers (Lepage, p. 46-47).

Philippe garde malgré tout sa curiosité scientifique, sa conscience universelle et sa compassion pour les humains, même s'il est parfois jaloux de l'insouciance nombriliste de ses proches. Il partage toujours la philosophie de son idole Konstantine Edouardovitch Tsiolkovski (1857-1935), ingénieur, mathématicien, inventeur de la fusée à combustion liquide et de la combinaison spatiale qui protégera l'être humain durant ses sorties dans l'espace : « La terre, disait le savant russe, est le berceau de l'homme, mais l'homme ne va quand même pas passer toute son existence dans son berceau » (Lepage, p. 19). Philippe souscrit à l'idéal d'arrachement de l'être humain à son existence purement terrestre et à sa compréhension mythologique de l'univers. La science et la technique, secondées par l'art et la poésie qui ne sont nullement incompatibles avec les premières, appellent l'être

humain à sortir de son monde natal pour élargir ses horizons à la mesure de l'univers.

Philippe connaît toutefois les vertiges qui accompagnent l'élargissement de la conscience. Le vertige de la petitesse humaine lui est familier. Se sachant confiné dans « un système solaire tout à fait quelconque [...] en banlieue de l'univers » (Lepage, p. 50-51), l'homme instruit par l'astronomie et les télescopes vit mal son quotidien (Lepage, p. 47) : « Comment tu fais pour réconcilier l'infiniment banal, l'infiniment petit avec l'infiniment grand, l'infiniment essentiel? » Au cours d'une observation de la lune stimulée par l'expérience du LSD, Philippe a imaginé un jour qu'une espèce de lien de sang ou de lien de famille existe entre la lune et tous les éléments qui composent l'univers :

Et je me suis interrogé sur mon propre lien de sang avec le reste du cosmos. Je me souviens que c'est à ce moment précis que j'ai pris conscience que j'étais fait de la même matière que les étoiles que je pouvais voir briller dans la nuit, que chaque atome de mon corps faisait partie d'un système pas mal plus complexe et pas mal plus vaste. Comme si j'avais un rôle à jouer dans l'univers, comme si j'étais moi-même une petite idée à l'intérieur d'un immense cerveau. C'était une constatation tellement vertigineuse que j'ai eu soudainement très peur et que j'ai décidé de retourner à la maison où les liens de sang et les liens de famille sont plus faciles à mesurer et à comprendre²⁴.

Philippe appréhende aussi le vertige du vide et de l'apesanteur qu'éprouveront les humains quand ils pourront accéder au « château de l'espace » imaginé par Tsiolkovski en 1895. Son idée était de construire une structure assez haute pour dépasser la stratosphère et se rendre dans l'espace. On pourrait alors offrir à toute la population la possibilité d'observer l'univers en s'affranchissant de l'ancien point de vue terrestre. Les humains découvrirait ainsi que les corps célestes se déplacent aléatoirement dans l'espace « comme des vêtements tournant dans

24. *Id.*, p. 61.

une sècheuse » (p. 50). Philippe a raffiné le projet en proposant qu'on aille construire la tour d'observation sur la lune où la force gravitationnelle est relativement faible. Le bénéfice culturel des observations ainsi rendues possibles serait incommensurable :

[...] ici sur terre, on vit tous nos vies comme des poissons dans un bocal! On se déplace de long en large avec cette absurde illusion que, tous les jours, on découvre de nouveaux horizons alors que tout ce qu'on fait, c'est tourner en rond. Et quand on ose regarder vers le ciel, on s'attend à ce qu'il nous renvoie notre propre image! [...] j'allais proposer qu'on construise l'ascenseur de l'espace sur la face cachée de la Lune, là où c'est pratiquement impossible de voir la Terre. De cette façon, on serait obligés d'arrêter de se regarder le nombril. Et on serait forcés de se contempler dans le vide et de faire l'expérience d'un ultime vertige. Un vertige comparable à celui qu'on éprouve quand on a perdu ses parents et qu'on découvre que, sans le vouloir, ils nous cachaient la vue et nous empêchaient de voir l'horizon²⁵!

L'utilité symbolique du droit contemporain est de contribuer au maintien d'une vision humaniste du monde qui protège la collectivité et ses membres contre les vertiges associés à l'expérience du progrès scientifique et technique. La culture juridique médiatise leur perception de l'horizon et la confine dans un cadre bien délimité. Peut-être même l'humanisme juridique est-il devenu le plus important refuge de la tradition humaniste.

Contre le vertige de la petitesse, la symbolique du droit célèbre la grandeur de l'être humain. Par la parole, l'intelligence et l'esprit, il s'élève au-dessus des choses qui ne sont que matière et des animaux qui n'obéissent qu'à leurs instincts. Les progrès de sa conscience morale et de sa raison lui font entretenir le projet de réconcilier les égoïsmes au nom de la paix et de répartir la richesse terrestre au nom de la justice. Si le progrès fulgurant des technologies peut engendrer la « honte prométhéenne » dans l'esprit

25. *Id.*, p. 68.

des humains²⁶, l'humanisme juridique lui fait contrepoids pour entretenir la fierté d'appartenir à l'humanité qui a été et veut rester la mesure du monde.

Contre le vertige du vide et de l'apesanteur, la symbolique du droit entretient la croyance collective dans l'existence d'un monde plein et fini aussi bien que la certitude individuelle d'être ancré dans une généalogie et une communauté d'appartenance. La terre n'est pas condamnée à n'être qu'une « grosse pizza où les gens ont de la difficulté à se réconcilier » (Lepage, p. 49). Elle est une juxtaposition de territoires politiquement organisés et un espace global de plus en plus appréhendé à l'aune d'une indispensable communauté universelle. Les liens de sang et les rapports familiaux que le droit enregistre pour mieux les protéger ne sont pas condamnés à dégénérer en affrontements de « frères cherchant continuellement dans le regard de l'autre un miroir pour y contempler leurs propres blessures ainsi que leur vanité » (Lepage, p. 15). Le droit reconnaît la valeur de ces liens et les assigne à un idéal d'intersubjectivité et de solidarité tant civique que familiale.

La culture populaire d'aujourd'hui est-elle plus réceptive aux leçons de l'humanisme juridique qu'elle ne l'est aux enseignements de la science? On peut soupçonner qu'elle ne s'imprègne que superficiellement et épisodiquement du premier comme de la seconde. Si c'est bien le cas, il faudrait conclure que l'utilité symbolique du droit, aussi bien que son utilité instrumentale, concerne à titre principal les détenteurs de la puissance et les élites de la culture. Tout comme sont indispensables les ressources de la puissance pour mobiliser les sciences et les techniques au service

26. Aldo HAESLER, « Obsolescence de l'homme », dans Y. DUPONT (dir.), *Dictionnaire des risques*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 282. L'auteur signale la thèse du philosophe Günther Anders (1902-1992) selon laquelle le « technomorphisme » contemporain condamne l'être humain à la « honte prométhéenne » : « Être imparfait et non fiable dans un univers d'objets de plus en plus performants, être manquant d'imagination pour voir et prévoir les conséquences de son action, être jeté innocemment dans un monde qu'il doit détruire pour paradoxalement y survivre, le seul sentiment correspondant à cette série de frustrations existentielles est la honte » (*id.*, p. 285).

de la croissance, de même faudrait-il détenir des positions d'influence pour prétendre opposer la mythologie du droit aux forces malveillantes²⁷.

G. Postlude : s'exercer à penser et à vivre le droit dans la brèche du présent

Chaque génération s'inscrit de façon inédite dans la trame de l'histoire. Chacune inaugure une brèche nouvelle entre le passé qui l'a précédée et l'avenir qui lui survivra. Chacune pense et vit différemment l'antagonisme entre les forces du passé qui soutiennent la pertinence de la tradition et celles de l'avenir qui militent pour la fabrication d'un monde meilleur. Dans le domaine du droit, comme ailleurs dans la culture contemporaine, la crise de la culture se conçoit et s'éprouve comme un antagonisme radical entre l'héritage humaniste et le progrès technologique. Pour notre génération, celle à laquelle François Ost et moi-même appartenons, les événements contradictoires qui ont marqué les esprits sont notamment les horreurs de la Seconde Guerre mondiale et l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la conquête de la lune et mai 68, l'expansion des nouvelles technologies de la communication et le néolibéralisme triomphant, la chute du mur de Berlin et la construction de l'Union européenne.

En s'imposant l'expérience de penser l'utilité du droit, François Ost s'est installé de plain-pied dans la brèche du temps présent. La crise de la culture juridique contemporaine lui a semblé prendre la forme d'un combat à finir entre la tradition de l'humanisme juridique et une gestion de l'activité sociale empruntant à son tour le chemin technologique et sans âme qui

27. La mythologie du droit moderne peut elle-même être considérée comme une force malveillante du point de vue historique et anthropologique de ses rapports avec les cultures prémodernes et avec celles qui ont subi la colonisation occidentale. Voir, en ce sens, Peter FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, coll. « Sociology of Law and Crime », Londres, Routledge, 1992. Aussi Stanley DIAMOND, « The Rule of Law versus the Order of Custom », dans Donald BLACK et Maureen MILESKE (dir.), *The Social Organization of Law*, New York, Seminar Press, 1973, p. 318.

s'est imposé depuis longtemps dans la fabrication et le contrôle des objets. Le spectre d'« une société post-juridique dont le droit serait dissous dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale » lui est apparu vraisemblable. Aussi s'est-il engagé dans une démonstration approfondie de ce que représente le passage au droit et dans la mise en évidence de ce qui se perdra si cet acquis historique est abandonné. Pour la société : la perte d'une ré-institutionnalisation juridique qui reconnaît les normativités sociales en leur imposant une réflexivité critique. Pour les individus « jetés dans le monde » : la perte d'un ordre symbolique qui fixe les critères et les limites d'une sociabilité augmentée. Pour le système politique avec lequel le droit moderne a tissé une relation privilégiée : la perte des garanties d'un État de droit sans lesquelles les pratiques politiques ne soutiennent plus la confiance des citoyens dans les institutions responsables du Bonheur public.

En accomplissant son périple autour de l'utilité du droit, François Ost a assumé pleinement l'« appel à la pensée » qui se fait entendre dans un étrange entre-deux [...] entièrement déterminé par des choses qui ne sont plus et par des choses qui ne sont pas encore²⁸ ». Il a pris sur lui de revisiter la tradition de l'humanisme juridique occidental afin qu'il reste une « conscience pour hériter et questionner, méditer et se souvenir, [...] raconter l'histoire et en transmettre le sens²⁹ ». Il a ravivé le souvenir de l'héritage humaniste pour que ses trésors ne se perdent pas. Il s'est imposé le devoir d'actualiser l'héritage en proposant des adaptations qui aligneront la poursuite des finalités intrinsèques du droit sur l'évolution des mentalités et des défis, plus particulièrement dans les manières de légiférer et de rendre jugement.

Au moment de fixer les paramètres de sa réflexion, François Ost a eu la lucidité et la modestie de reconnaître que sa perspective de « juriste-philosophe » ne lui permettrait de parcourir qu'une moitié du chemin. Il invitait les chercheurs des sciences sociales à réfléchir aussi à l'utilité du droit en partant d'une perspective

28. H. ARENDT, préc., note 2, p. 19.

29. *Id.*, p. 15.

différente sinon opposée pour faire l'autre moitié du chemin³⁰. Mon commentaire sociologique s'est voulu une réponse personnelle et amicale à cette invitation. Elle n'a manifestement pas l'envergure et la profondeur de l'ouvrage de François Ost, mais j'espère qu'elle aura néanmoins suffi à indiquer le point de départ et la direction générale d'une vision alternative de l'utilité du droit.

Cette vision alternative est celle des acteurs sociaux qui répondent à l'appel de l'action davantage qu'à celui de la pensée. Si la vision symbolique de François Ost a pour elle la tradition philosophique qui mène à concevoir le droit comme un instrument de réflexivité individuelle et collective, la vision instrumentale peut se réclamer de la culture moderne qui incite à s'approprier le droit comme un instrument de la volonté de puissance et du désir de participer à la vie sociale sous un mode authentiquement personnel. L'organisation technocratique et l'individu postmoderne sont les deux forces mobilisatrices ou même institutantes de cette utilité moderne du droit. Mis au service de la volonté et du désir, le droit participe de la poursuite des bonheurs privés. Il y contribue à sa façon, par l'ajout du langage de la performativité juridique aux langages de la performance organisationnelle et de l'épanouissement personnel.

On se méprendrait en pensant que la vision instrumentale du droit ne s'impose que de l'extérieur du monde juridique. Elle est, au contraire, soutenue de l'intérieur par la rupture moderniste que les juristes ont eux-mêmes opérée depuis le XIX^e siècle en concevant et en exerçant le droit de façon strictement positiviste, c'est-à-dire affranchie de la tradition philosophique et des conceptions pré- ou extra-scientifiques de l'utilité du droit. La science juridique positiviste s'est donné pour mission de connaître les sources formelles du droit dans toutes leurs ramifications. La pratique positiviste du droit procure aux organisations et aux individus les interventions professionnelles requises pour que le langage performatif juridique facilite l'action en levant les obstacles que la réalité sociale ou même le droit étatique peuvent opposer à la

30. F. OST, préc., note 1, p. 28.

poursuite des buts privés. À l'instar de tous « les techniciens qui [...] ont fait descendre sur terre les résultats des savants³¹ », les praticiens du droit moderne ont mis les ressources de la performativité juridique dans les mains des justiciables, du moins dans celles des plus puissants et des plus militants. Mobilisé dans tous les territoires de l'action rationnelle en finalité, le droit ne s'y dissout pas, puisqu'il y contribue par son utilité spécifique. Cependant, il est largement dispersé dans la société plutôt que concentré dans les institutions du système juridique officiel. Il y perd une visibilité publique que la plupart de ses utilisateurs privés ne revendiquent pas!

La démultiplication et la dispersion des usages du droit ne sont pas diaboliques en elles-mêmes. Elles ont ajouté une dimension positive à l'action organisationnelle et au désir individuel en leur conférant la possibilité de s'exprimer dans et par le langage du droit. Certes, la science du droit, comme toutes les autres sciences animées par la raison moderne, s'est affranchie des « préoccupations anthropocentriques, c'est-à-dire authentiquement humanistes³² ». Le progrès de la connaissance du droit positif et de ses applications pratiques était à ce prix-là. Toutefois, ce progrès qui entraîne le droit dans des directions multiples et incertaines a lui-même un prix que l'on mesure de mieux en mieux : la volonté de puissance de l'organisation peut dépasser la limite au-delà de laquelle les individus qui la servent versent dans la servitude; le désir d'authenticité peut dégénérer en passion destructrice de soi-même. On aperçoit ainsi que les forces de l'avenir peuvent repousser les êtres humains vers le passé humaniste après les avoir poussés trop fortement vers l'avant. Ce paradoxe justifie que soient transposées à présent dans la sphère des organisations et des individus les exigences réflexives et éthiques de l'État de droit³³.

31. H. ARENDT, préc., note 2, p. 347.

32. *Id.*, p. 338.

33. La transposition serait d'autant plus justifiée que les aspirations respectives des organisations et des individus s'entrechoquent souvent, au détriment des secondes, dans le contexte du juridique dispersé ou pluriel : Jean-Guy BELLEY, « The Protection of Human Dignity in Contemporary Legal Pluralism », trad. du français par Dia DABBY, dans René PROVOST et

La culture juridique moderne augmente, en somme, la capacité des êtres humains d'étendre leur environnement. Toutefois, parce qu'elle ne leur confère pas l'immortalité, elle les ramène tôt ou tard à la conscience de leurs limites et aux revendications humanistes. Tous ceux qui sont engagés dans l'action, au service de la volonté et du désir, comme les organisations et les individus, ou au service du bien public, comme les législateurs et les juges, ne devraient pas attendre le dépassement de ces limites pour s'intéresser à l'« expérience de pensée » de François Ost. La sagesse commande, au contraire, qu'ils prennent son ouvrage au sérieux dès à présent, qu'ils en considèrent attentivement les conclusions et les mises en garde, qu'ils méditent les leçons d'humanité dont il s'est fait l'interprète et le messager. Au grand profit et au plus grand bonheur de tous!

Colleen SHEPPARD (dir.), *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, New York, Springer, 2013, p. 99. La version française originale a été publiée sous le titre suivant : « La protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain », (2010) 8 *Cahiers de recherche sur les droits fondamentaux* 117.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA VALSE-HÉSITATION DES COURS DE JUSTICE EN CE QUI TOUCHE
À L'INTERPRÉTATION DES MODALITÉS DE MODIFICATION
CONSTITUTIONNELLE AU CANADA

Auteur(s) : Benoît PELLETIER

Revue : *RDUS*, 2017, volume 47, numéro 1

Pages : 57-108

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15287>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/15287>

Page vide laissée intentionnellement.

LA VALSE-HÉSITATION DES COURS DE JUSTICE EN CE QUI TOUCHE À L'INTERPRÉTATION DES MODALITÉS DE MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA

par Benoît PELLETIER*

Depuis de nombreuses années, les tribunaux rendent des décisions dans lesquelles ils se prononcent sur la portée des différentes modalités de modification constitutionnelle applicables à toute époque pertinente. Ils semblent toutefois tergiverser entre une approche purement technique et une approche plutôt téléologique de ces mêmes modalités. Le présent article a essentiellement pour objet de décortiquer toute cette jurisprudence et de mettre en relief la valse-hésitation des tribunaux en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application des modalités de modification constitutionnelle au Canada.

Over the past several years, the courts have handed down decisions relating to the impact of various approaches to constitutional change. However, these same tribunals have tended to vacillate between a purely technical approach and one which is more teleological in nature. This article aims at analysing the pertinent jurisprudence while highlighting the ambivalent attitude of the courts when interpreting and applying procedures for amending the Canadian Constitution.

*, Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier mesdames Marie-Pierre Boudreau et Émie Dubuc pour leur assistance. Dans le présent article, les références seront omises lorsqu'il y aura des citations.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	59
A) Le Renvoi relatif à <i>The Initiative and Referendum Act</i>	61
B) L'arrêt <i>Blaikie</i>	66
C) L'arrêt <i>Forest</i>	69
D) Le Renvoi relatif à la <i>Chambre haute</i>	70
E) L'arrêt <i>SEFPO</i>	74
F) L'arrêt <i>N.B. Broadcasting</i>	76
G) L'arrêt <i>Colombie-Britannique c. Canada</i>	79
H) Le Renvoi relatif aux juges de la <i>Cour provinciale</i>	80
I) L'arrêt <i>Hogan</i>	81
J) Le Renvoi relatif à la <i>sécession du Québec</i>	88
K) L'arrêt <i>Potter</i>	91
L) Le Renvoi relatif à la <i>Loi sur la Cour suprême</i>	94
M) Le Renvoi relatif à la <i>réforme du Sénat</i>	97
CONCLUSION	105

INTRODUCTION

La modification constitutionnelle au Canada est, depuis longtemps, au cœur de décisions judiciaires fort importantes. La présente étude a essentiellement pour objet d'explorer ces décisions en vue de jeter un éclairage inédit sur les modalités prévues dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ci-après « Loi de 1982 »)¹. De fait, depuis le « rapatriement² » de la Constitution canadienne, la procédure de modification constitutionnelle se trouve contenue dans la partie V en question et se déploie en différentes modalités, soit la procédure de l'unanimité (art. 41), la procédure 7/50 (art. 38 (1) et 42), la procédure sélective (art. 43), la procédure unilatérale fédérale (art. 44) et la procédure unilatérale provinciale (art. 45).

Comme on s'en doute, la procédure de modification constitutionnelle de la partie V de la Loi de 1982 obéit à une logique vraiment particulière. Toutefois, si l'existence de cette procédure est une chose, l'interprétation qu'en font les tribunaux en est une autre. Or, ces derniers semblent tergiverser entre une approche purement technique et une approche plutôt téléologique³ de la procédure en question.

-
1. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. Elle est entrée en vigueur le 17 avril 1982 (art. 58; TR/82-97).
 2. Le « rapatriement » de la Constitution canadienne a été effectué en 1982, en vertu de la *Loi de 1982 sur le Canada*, préc., note 1. Le mot « rapatriement » est ici mis entre guillemets, car il est plus ou moins exact. En effet, il désigne le fait de rapporter quelque chose (ou de ramener quelqu'un) dans son pays d'origine. Or, le Canada ne possédait pas le pouvoir de modifier sa propre constitution avant que celle-ci soit « rapatriée ».
 3. L'interprétation dite téléologique repose sur l'idée voulant que les lois et les textes constitutionnels soient interprétés en fonction des fins recherchées par le législateur ou le constituant. S'il applique cette méthode, l'interprète doit procéder en deux étapes : déterminer le but, l'objet, la finalité de la disposition visée; interpréter le libellé de la disposition en question de la façon qui lui permette de se rapprocher le plus possible de son but, de son objet, de sa finalité. Mélanie SAMSON, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : conver-

Quelques décisions illustrent particulièrement bien cette valse-hésitation. Parmi ces décisions, nous avons choisi d'examiner ici celles qui ont été rendues à l'occasion des affaires suivantes :

- *In re The Initiative and Referendum Act* (ci-après « *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act* »)⁴;
- *Proc. Gen. du Québec c. Blaikie et autres* (ci-après « *arrêt Blaikie* »)⁵;
- *Procureur général du Manitoba c. Forest* (ci-après « *arrêt Forest* »)⁶;
- *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* (ci-après « *Renvoi relatif à la Chambre haute* »)⁷;
- *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO* (ci-après « *arrêt SEFPO* »)⁸;
- *New Brunswick Broadcasting Co c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)* (ci-après « *arrêt N.B. Broadcasting* »)⁹;
- *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)* (ci-après « *arrêt Colombie-Britannique c. Canada* »)¹⁰;

gence ou divergence? », (2008) 49-2 C. de D. 297, a soutenu que le principe de l'interprétation large et libérale ainsi que la méthode d'interprétation contextuelle étaient deux composantes d'une seule et même approche, soit la méthode téléologique. Dans le présent texte, nous mettons en opposition l'interprétation téléologique, ou finaliste, et l'interprétation littérale et technique.

4. *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.
5. *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016.
6. *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.
7. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.
8. *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2.
9. *New Brunswick Broadcasting Co c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.
10. *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

- *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.* (ci-après « *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »)¹¹;
- *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (1998) (ci-après « *arrêt Hogan 1998* »); *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (1999) (ci-après « *arrêt Hogan 1999* »); *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (2000) (ci-après « *arrêt Hogan CA* »)¹²;
- *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹³;
- *Potter c. Québec (Procureur général)* (ci-après « *arrêt Potter CS* »); *Potter c. Québec (Procureur général)* (ci-après « *arrêt Potter CA* »)¹⁴;
- *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6* (ci-après « *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* »)¹⁵;
- *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*¹⁶.

A) Le Renvoi relatif à *The Initiative and Referendum Act*

Dans le *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act*, le Comité judiciaire du Conseil privé a jugé que la province du Manitoba ne pouvait pas édicter que les lois provinciales pourraient être faites et révoquées par suite d'un vote direct des électeurs plutôt qu'uniquement par le truchement de l'assemblée législative provinciale¹⁷. Plus particulièrement, le vicomte Haldane a affirmé,

-
11. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3.
 12. *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (1998), 156 D.L.R. (4th) 139; *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)* (1999), 173 Nfld. & PEIR 148; *Hogan v. Newfoundland (Attorney General)*, (2000) 189 Nfld. & PEIR 183.
 13. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.
 14. *Potter c. Québec (Procureur général)*, 1998 CanLII 9495 (QC CS); *Potter c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2823.
 15. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21.
 16. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32.
 17. La loi intitulée « *The Initiative and Referendum Act* » est décrite dans la décision du Comité judiciaire du Conseil privé : *Renvoi relatif à The*

au nom du tribunal, qu'une province ne pouvait pas modifier la position du lieutenant-gouverneur en vertu de l'article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après « Loi de 1867 »)¹⁸. Or, en l'espèce, selon le vicomte Haldane, la loi manitobaine contestée portait effectivement atteinte à des droits importants relativement à la théorie légale propre à la fonction de lieutenant-gouverneur¹⁹.

Le vicomte Haldane a également affirmé, quoique de façon incidente, que la législature provinciale ne pouvait pas créer un nouvel organe législatif qui n'est pas mentionné dans la Loi de 1867²⁰. Dans l'arrêt *SEFPO*²¹, le juge Beetz a dit de cette opinion

Initiative and Referendum Act, préc., note 4, 939-941. À la page 944 de sa décision, cette instance déclare ladite loi inconstitutionnelle.

18. *Id.*, 943 : « The references their Lordships have already made to the character of the office of Lieutenant-Governor, and to his position as directly representing the Sovereign in the province, renders natural the exclusion of his office from the power conferred on the Provincial Legislature to amend the constitution of the Province. » Notons au passage que l'article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 conférait aux provinces le pouvoir de modifier unilatéralement, par simple loi, leur constitution respective, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur. Cet article a été abrogé en 1982 et remplacé par l'article 45 de la Loi de 1982, lequel prévoit désormais ce qui suit : « Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. » Nous reviendrons plus bas sur le remplacement de l'article 92 (1) de la Loi de 1867 par l'article 45 de la Loi de 1982.

19. *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act*, *id.*, 944 :

Their Lordships are of opinion that the language of the Act cannot be construed otherwise than as intended seriously to affect the position of the Lieutenant-Governor as an integral part of the Legislature, and to detract from rights which are important in the legal theory of that position [...] Thus the Lieutenant-Governor appears to be wholly excluded from the new legislative authority.

Parmi les pouvoirs qui font partie intégrante de la fonction de lieutenant-gouverneur, notons ceux qui consistent à sanctionner les projets de loi, à convoquer et à dissoudre les assemblées législatives de même qu'à réserver les projets de loi pour la signification du bon plaisir du gouverneur général.

20. *Id.*, 945 : « but it does not follow that it [the Legislature of a Province] can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence ».
21. Nous reviendrons sur cette décision plus bas.

incidente qu'elle pouvait étayer la proposition plus générale selon laquelle le pouvoir de modification constitutionnelle que l'article 92 (1) de la Loi de 1867 accordait aux provinces ne comprenait pas nécessairement celui de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien²².

Dès lors, la question se pose de savoir ce que signifie au juste l'interprétation que le juge Beetz a faite dans l'arrêt *SEFPO* de l'opinion incidente du vicomte Haldane. Cela est dur à dire. Minimale, cette interprétation signifie que les provinces ne peuvent pas se servir de leurs pouvoirs unilatéraux en matière de modification constitutionnelle pour remplacer leur assemblée législative par une autre instance ni pour instaurer le vote direct des électeurs.

Il ressort néanmoins de tout cela que le *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act* comporte sa part d'ambiguïté en ce qui concerne la portée des pouvoirs unilatéraux provinciaux en matière de modification constitutionnelle. Et cela, c'est sans compter qu'il ne dit rien en ce qui a trait aux pouvoirs unilatéraux fédéraux en pareille matière.

22. Sur ce point, voir l'arrêt *SEFPO*, préc., note 8, par. 111. Le fait que le Québec ne peut pas – à l'instar des autres provinces – provoquer des bouleversements constitutionnels profonds dans son système politique ne l'a toutefois pas empêché d'abolir son conseil législatif en 1968. En effet, dans l'affaire *Montplaisir c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 109, le juge Pierre Béliveau, de la Cour supérieure du Québec, a conclu, à bon droit, qu'une législature provinciale (celle du Québec en l'occurrence) pouvait unilatéralement abolir son conseil législatif, puisque l'existence d'un système à deux chambres au niveau provincial n'était pas l'un des principes fondamentaux que la Constitution de 1867 voulait protéger à tout prix. Selon le juge Béliveau, l'abolition du Conseil législatif du Québec, en vertu de la *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9, ne portait pas atteinte à la charge de lieutenant-gouverneur et avait été faite de façon régulière.

Parlant justement des pouvoirs fédéraux, certains pourraient être tentés de soutenir que le Parlement²³ ne peut pas, à l'instar des provinces, provoquer des bouleversements constitutionnels profonds qui soient incompatibles avec le système canadien. Sans vouloir nous étendre trop longuement sur ce sujet qui mériterait de toute façon une analyse détaillée à lui seul, permettons-nous d'affirmer qu'il est effectivement fort possible que ce qui a été dit dans le *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act* au sujet des pouvoirs provinciaux unilatéraux de modification constitutionnelle s'applique aussi au Parlement.

De toute façon, les pouvoirs unilatéraux fédéraux de modification constitutionnelle sont déjà fort limités²⁴, puisqu'ils ne

23. Dans le présent texte, le mot « Parlement », employé seul, désigne le Parlement du Canada.

24. Avant le rapatriement de la Constitution canadienne, les pouvoirs unilatéraux de modification constitutionnelle dont jouissait le Parlement découlaient de l'article 91 (1) de la Loi de 1867. En effet, cette disposition – adoptée en 1949 – conférait au Parlement le pouvoir suivant :

[Édicter des lois relativement à la] modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

L'article 91 (1) en cause a été abrogé en 1982 et remplacé par l'article 44 de la Loi de 1982, lequel prévoit ce qui suit : « Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes. » Nous reviendrons plus bas sur le

peuvent pas être exercés à l'égard de sujets qui sont soumis à une modalité complexe de modification constitutionnelle, comme la charge de reine et de gouverneur général²⁵, le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes²⁶, le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par qui elle était habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la partie V de la Loi de 1982²⁷, les pouvoirs du Sénat²⁸, le mode de sélection des sénateurs²⁹, le nombre de sénateurs par province³⁰, les conditions de résidence que les sénateurs doivent remplir³¹, les autres caractéristiques essentielles du Sénat³², de même que le parlementarisme et le principe du gouvernement responsable³³.

remplacement de l'article 91(1) de la Loi de 1867 par l'article 44 de la Loi de 1982.

25. Loi de 1982, art. 41 a).

26. *Id.*, art. 42 (1) a). Dans l'affaire *Campbell v. Canada (Attorney General)*, (1988) 49 D.L.R. (4th) 321, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le Parlement pouvait unilatéralement modifier l'article 51 de la Loi de 1867 en vertu de l'article 44 de la Loi de 1982, mais qu'il ne pouvait pas, ce faisant, toucher le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes. En effet, la modification de ce principe relève plutôt de la procédure 7/50 en vertu de l'article 42 (1) a) de la Loi de 1982.

27. Loi de 1982, art. 41 b).

28. *Id.*, art. 42 (1) b).

29. *Id.*, art. 41 (1) b).

30. *Id.*, art. 42 (1) c).

31. *Id.*

32. Voir sur ce point le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, préc., note 7, et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, où la Cour suprême a jugé que les caractéristiques essentielles du Sénat devaient échapper aux pouvoirs unilatéraux fédéraux de modification constitutionnelle.

33. Sur la possibilité que le parlementarisme de type britannique et le principe du gouvernement responsable soient « enchâssés » dans la Constitution du Canada, voir l'arrêt *SEFPO*, préc. note 8, par. 85 et 111, où le juge Beetz, au nom de ses collègues McIntyre, Le Dain et La Forest, a déclaré ce qui suit :

La plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [...]

B) L'arrêt *Blaikie*

Dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur la capacité de la législature³⁴ québécoise de modifier unilatéralement les dispositions de l'article 133 de la Loi de 1867 (cette dernière étant appelée *Acte de l'Amérique du Nord britannique* au moment où l'arrêt a été rendu). Plus particulièrement, cet arrêt portait sur la constitutionnalité des articles 7 à 13 de la *Charte de la langue française*³⁵, traitant de la langue de la justice et de la législation au Québec.

La *Loi de 1867* ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

Cela a fait dire aux auteurs Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° IV.121, que cette approche « empêcherait le Québec, par exemple, de remplacer son régime parlementaire, son système de gouvernement responsable, par une séparation des pouvoirs à l'américaine ». Voir également l'affaire *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 155, où le juge LeBel a écrit ceci :

La notion de gouvernement majoritaire reste ainsi étroitement liée à la tradition canadienne de gouvernement responsable, puisqu'un parti donné, dirigé par un chef unique dont on connaît l'identité, doit répondre des politiques gouvernementales (MacIvor, *loc. cit.*, p. 29). Je ne prétends pas par là, je tiens à le préciser, qu'un gouvernement responsable ne saurait exister lorsqu'un gouvernement de coalition ou minoritaire est élu. J'affirme seulement qu'on peut raisonnablement considérer que, dans notre système politique particulier, les gouvernements majoritaires présentent certains avantages à cet égard.

Quant au mot « enclassement » et au verbe « enclasser », ils font partie du jargon constitutionnel canadien. Ils désignent le fait d'inscrire, d'incorporer ou d'intégrer dans la Constitution.

34. Dans le présent texte, nous emploierons le terme « législature » pour désigner les assemblées législatives des provinces.
35. *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11. Les articles 7 à 13 constituaient le chapitre III du titre premier de cette charte. Ils étaient manifestement incompatibles avec les dispositions de l'article 133 de la Loi de 1867, ce que la Cour suprême a d'ailleurs facilement reconnu à la page 1022 de l'arrêt *Blaikie*, préc., note 5.

L'élément en jeu essentiellement était l'interprétation de l'article 92 (1) de la Loi de 1867. La Cour suprême a alors affirmé, à l'unanimité, que la modification de la partie québécoise de l'article 133 ne saurait d'aucune façon relever de l'article 92 (1) en question. Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême s'est fondée sur « des motifs qui transcendent l'interprétation la plus large du par. 92 (1), motifs qui ont été exposés de façon convaincante dans le jugement du juge en chef Deschênes et adoptés par la Cour d'appel du Québec³⁶ ». Ces motifs puisaient leur source dans l'histoire et dans le fait que l'article 133 faisait « partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec en donnant au français et à l'anglais un statut officiel au Parlement, devant les tribunaux du Canada, de même qu'à la législature et devant les tribunaux du Québec³⁷ ». Tout compte fait, sur les questions de détails et d'histoire, la Cour suprême a tout simplement fait siens « les motifs du juge en chef Deschênes renforcés par ceux de la Cour d'appel du Québec³⁸ ».

La Cour suprême a poursuivi en disant ceci de l'article 133 :

[C'est] une disposition intangible qui non seulement interdit au Parlement et à la législature du Québec de la modifier unilatéralement mais assure également aux membres du Parlement ou de la législature du Québec et aux plaideurs devant les tribunaux du Canada ou du Québec le droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les délibérations du Parlement ou de l'Assemblée législative et dans les procédures (y compris les plaidoiries orales) devant les tribunaux du Canada ou du Québec³⁹.

Par conséquent, la Cour suprême en est venue à la conclusion que les articles de la *Charte de la langue française* qui étaient contestés se trouvaient *ultra vires* de la législature québécoise.

36. Arrêt *Blaikie*, préc., note 5, 1025.

37. *Id.*

38. *Id.*, 1027.

39. *Id.*, 1026-1027.

Dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour suprême (et avant elle, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec⁴⁰) s'est donc fondée à la fois sur l'esprit de l'article 133 de la Loi de 1867 et sur sa signification historique, pour faire échapper ce dernier à la portée de l'article 92 (1) de cette loi. Or, il est bien établi que celui-ci a été remplacé par l'article 45 de la Loi de 1982, qui joue maintenant le même rôle que le faisait l'article 92 (1) de la Loi de 1867⁴¹. C'est donc dire que la jurisprudence qui était applicable audit article 92 (1) – dont l'arrêt *Blaikie* – l'est aussi à l'article 45 de la Loi de 1982.

Par conséquent, il est parfaitement clair que l'article 45 de la Loi de 1982 ne doit porter que sur des modifications qui, tant dans

40. Dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont toutes deux conclu que l'histoire de l'article 133 de la Loi de 1867 indiquait que celui-ci n'était pas divisible entre sa partie provinciale et sa partie fédérale. Il s'agissait plutôt d'une disposition intangible, qui participait de la Constitution du Canada et qui, de ce fait, était hors de portée de toute intervention législative unilatérale du Parlement ou de la législature québécoise. Sur ce point, voir les affaires *Blaikie c. PG du Québec*, [1978] C.S. 37, et *Blaikie c. PG du Québec*, [1978] C.A. 351.

41. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, par. 46. La Cour suprême y a affirmé que les articles 44 et 45 de la Loi de 1982 « jouent essentiellement le même rôle que jouaient les par. 91(1) et 92(1) de la Loi de 1867 qui ont été abrogés lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* : *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, notes explicatives 7 et 8 ». Puis, au paragraphe 48, la Cour suprême a dit ce qui suit :

Les articles 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d'effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu'à un certain point en vertu des art. 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts.

leur esprit que dans leur libellé, ne concernent que la constitution interne de la province, en ce qu'elles ne visent que l'organisation et le fonctionnement des institutions provinciales, ne mettent d'aucune façon en cause les intérêts des autres partenaires fédératifs et ne touchent pas aux conditions fondamentales de l'union fédérale. Nous verrons ci-dessous, lorsque nous examinerons le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, que l'article 44 de la Loi de 1982 – qui, rappelons-le, a pris la place de l'ancien article 91 (1) de la Loi de 1867 lorsqu'est survenu le rapatriement de la Constitution canadienne – doit être interprété et appliqué de la même façon que l'article 45 susmentionné.

C) **L'arrêt *Forest***

Dans l'arrêt *Forest*, on était en présence d'une contestation d'une loi manitobaine datant de 1890, *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*⁴², pour cause d'incompatibilité avec l'article 23 de la loi suivante : *An Act to amend and continue the Act 32 and 33 Victoria, chapter 3; and to establish and provide for the Government of the Province of Manitoba* (ci-après « *Loi de 1870 sur le Manitoba* »)⁴³. La Cour suprême a effectivement déclaré la loi manitobaine de 1890 invalide et s'est alors exprimée comme suit :

Il n'est pas nécessaire de rechercher en l'espèce si cette disposition législative emporte restriction du pouvoir de modification qui découle du par. 92 (1) par application de l'art. 2 de l'*Acte du Manitoba*. Il suffit de noter que, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, elle ne peut certainement pas avoir pour effet de donner à la législature du Manitoba à l'égard de l'art. 23 de l'*Acte du Manitoba* un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art. 133⁴⁴.

42. *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, R.S.M. 1970, c. O10.

43. *An Act to amend and continue the Act 32 and 33 Victoria, chapter 3; and to establish and provide for the Government of the Province of Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, reproduit dans LRC 1985, ann. II, n° 8.

44. Arrêt *Forest*, préc., note 6, 1039.

Il faut dire que l'article 23 en question reprenait – en les rendant précisément applicables au Manitoba – les termes de l'article 133 de la Loi de 1867⁴⁵. Selon la Cour suprême, il n'y avait donc pas lieu d'interpréter l'article 23 différemment de l'article 133. Ainsi, les deux articles se devaient d'échapper à la portée de l'article 92 (1) de la Loi de 1867.

Finalement, on retiendra des arrêts *Blaikie* et *Forest*, pour ce qui est de la question précise de la modification constitutionnelle, que l'application ou non de l'article 92 (1) de la Loi de 1867 dépendait à l'époque non seulement du libellé de la modification envisagée, mais aussi de l'esprit de cette dernière. Dans ces deux arrêts, la Cour suprême a donné à cet article une interprétation que l'on pourrait qualifier de téléologique plutôt que de purement technique. Or, de nos jours, comme nous l'avons vu ci-dessus, c'est exactement la même interprétation qu'il convient de donner à l'article 45 de la Loi de 1982.

D) Le Renvoi relatif à la Chambre haute

En 1978, le gouvernement canadien a déposé au Parlement le projet de loi sur la *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines* (ci-après « projet de loi n° C-60 »)⁴⁶, lequel devait, entre autres,

45. La Cour suprême, dans l'arrêt *Forest*, préc., note 6, à la p. 1036, a noté « l'étroite ressemblance » entre l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'article 133 de la Loi de 1867.

46. *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, projet de loi n° C-60 (1978), 3^e sess., 30^e légis. (Can.), art. 62-70. Voici ce que le professeur André TREMBLAY, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 60, a affirmé au sujet de ce projet de loi :

Le gouvernement fédéral déposa aux Communes le 12 juin 1978 un document intitulé *Le temps d'agir*, lequel fut suivi quelques jours plus tard du dépôt du *Projet de loi sur la réforme*

permettre de réformer le Sénat en modifiant la répartition des sièges entre les régions, en remplaçant le *veto* absolu dont celui-ci disposait dans le processus législatif fédéral par un simple *veto* suspensif et en confiant aux provinces le pouvoir de choisir un certain nombre de sénateurs⁴⁷.

Devant les réactions négatives que le projet de loi n° C-60 a suscitées, le gouvernement fédéral a demandé à la Cour suprême, dans le contexte d'un renvoi, si le Parlement pouvait procéder unilatéralement à une telle réforme de la Chambre haute, en vertu de l'article 91 (1) de la Loi de 1867⁴⁸.

constitutionnelle (C-60) qui contenait un ensemble fort complexe de propositions de renouvellement ou de canadianisation de la Constitution. Avec le premier document, le gouvernement concrétisait l'annonce faite en octobre 1977, lors du discours du trône, de reprendre l'initiative des discussions constitutionnelles. Il ne posait que deux préalables au renouvellement de la fédération : le premier étant le maintien de la fédération et le second, l'inclusion d'une Charte des droits dans la Constitution. [...]

Les propositions détaillées que le gouvernement annonçait pour « bientôt » devaient « donner aux parlementaires, aux gouvernements provinciaux ainsi qu'aux citoyens l'occasion de les étudier et d'en débattre ». On trouve ces propositions détaillées dans le projet de loi C-60, *Projet de loi sur la réforme constitutionnelle*, dont la première lecture eut lieu aux Communes le 20 juin 1978. Le projet de loi représente un excellent modèle d'initiative constitutionnelle voué au départ à l'échec.

47. Notons que, en vertu du projet de loi n° C-60, le Sénat aurait été transformé en une « chambre de la fédération ».

48. Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, préc., note 7, les questions soumises à la Cour suprême par le gouverneur général en conseil portaient sur l'abolition du Sénat, sur le changement de nom de cette institution, sur la modification du nombre et du pourcentage de sénateurs pour chaque province ou territoire, sur la modification des qualités requises pour être membre du Sénat, sur la modification de la durée du mandat des sénateurs, sur la modification du processus de nomination des sénateurs et sur l'octroi d'un simple *veto* suspensif au Sénat concernant l'adoption des lois fédérales. La Cour suprême n'a pas été en mesure de répondre à toutes les questions posées, faute de précisions sur le contexte qui lui aurait permis de formuler une réponse catégorique ou satisfaisante.

La Cour suprême a alors conclu, à l'occasion du *Renvoi relatif à la Chambre haute*, que l'article 91 (1) en question autorisait certes le Parlement à modifier « la constitution du gouvernement fédéral dans les matières qui concernent uniquement ce gouvernement⁴⁹ », mais qu'il ne lui conférerait toutefois pas le pouvoir d'apporter unilatéralement des changements constitutionnels tels que l'abolition du Sénat ou la modification de ses caractéristiques essentielles ou fondamentales, étant donné que ce type de modification mettait en cause les intérêts des provinces tout autant que ceux de l'ordre fédéral de gouvernement⁵⁰.

Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême en est donc venue à la conclusion que l'application ou non de l'article 91 (1) de la Loi de 1867 devait dépendre de la portée technique de la modification envisagée et aussi de la nature de cette dernière. Ainsi, lorsque la modification en question concernait, tant dans son esprit que dans son libellé, les relations fédérales-provinciales ou le compromis fédératif, elle ne pouvait alors pas être accomplie unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 91 (1); il fallait plutôt, pour la concrétiser, faire appel au Parlement britannique⁵¹.

Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême a donc donné à l'article 91 (1) de la Loi de 1867 la même

49. *Id.*, 71. Notons au passage que, parmi les caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat qui se devaient d'échapper à la portée de l'article 91 (1) de la Loi de 1867, la Cour suprême du Canada a indiqué les suivantes : l'abolition du Sénat, la transformation du droit de *veto* absolu que possède le Sénat concernant l'adoption des lois fédérales en un simple *veto* suspensif, l'élection directe des sénateurs par la population ainsi que la modification du nombre de sénateurs par province et de leur pourcentage.

50. *Id.*, 74 et suiv. Soulignons que, à la suite du *Renvoi relatif à la Chambre haute*, préc., note 7, le gouvernement canadien a abandonné le projet de loi n° C-60.

51. Le recours au Parlement britannique pour modifier la Constitution du Canada, dans ses parties les plus substantielles, se fondait alors sur l'article 7 (1) et l'article 4 du *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo V, c. 4 (R.-U.), reproduit dans LRC 1985, ann. II, n° 27.

interprétation téléologique qu'elle avait attribuée à l'article 92 (1) dans les arrêts *Blaikie* et *Forest*. Depuis le remplacement de l'article 91 (1) par l'article 44 de la Loi de 1982, remplacement survenu à l'occasion du rapatriement de la Constitution canadienne, comme nous l'avons vu ci-dessus, il y a lieu d'interpréter ce dernier article de la même façon que l'ancien article 91 (1). Dès lors, l'interprétation à conférer désormais à l'article 44 de la Loi de 1982 coïncide avec celle qu'il convient aussi de donner à son article 45⁵².

Notons au passage que l'une des différences fondamentales entre le *Renvoi relatif à la Chambre haute* et les arrêts *Blaikie* et *Forest* tenait évidemment au fait que le premier portait sur l'article 91 (1) de la Loi de 1867, alors que les deux arrêts concernaient son article 92 (1). Cependant, au-delà de cette différence, il y a énormément de parenté entre toutes ces décisions. En effet, dans les trois cas, la Cour suprême a interprété la portée du pouvoir de modification constitutionnelle en cause (soit les articles 91 (1) et 92 (1) de la Loi de 1867) en tenant compte non seulement du libellé, mais aussi – et peut-être même surtout – de la nature de la ou des modifications examinées.

Ainsi, dans l'arrêt *Blaikie*, la disposition modifiée (bien qu'elle l'ait été tacitement et indirectement) était la partie québécoise de l'article 133 de la Loi de 1867. La Cour suprême a alors déclaré qu'une telle modification ne pouvait pas être effectuée par la législature québécoise en vertu de l'article 92 (1), étant donné le rôle clé qu'avait joué l'ensemble de l'article 133 dans le compromis fédératif de 1867 et l'impossibilité (selon la Cour suprême) de séparer unilatéralement la partie québécoise de cet article de sa partie fédérale. Dans l'arrêt *Forest*, c'était l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* que la législature manitobaine voulait modifier (tacitement et indirectement là encore). La Cour suprême a fait

52. Cela est dit sous réserve évidemment du fait que l'article 44 de la Loi de 1982 accorde un pouvoir de modification constitutionnelle à la Chambre des communes et au Sénat (ce dernier n'ayant cependant qu'un *veto* suspensif de 180 jours, en vertu de l'article 47 de la Loi de 1982), alors que l'article 45 de cette loi octroie le même type de pouvoir à chaque législature.

échapper cette modification à la portée de l'article 92 (1) après avoir établi un parallèle entre l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'article 133 de la *Loi de 1867*.

Enfin, dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, les modifications envisagées par le gouvernement canadien portaient sur le Sénat. La Cour suprême a d'abord établi une distinction entre les caractéristiques essentielles et les caractéristiques non essentielles (ou secondaires) de cette institution, puis elle a affirmé que les premières touchaient aux intérêts provinciaux, contrairement aux secondes. Par conséquent, la Cour suprême a conclu que seules les caractéristiques non essentielles du Sénat pouvaient être modifiées en vertu de l'article 91 (1) de la *Loi de 1867*. De leur côté, les caractéristiques essentielles du Sénat ne pouvaient, à l'époque où le *Renvoi relatif à la Chambre haute* a été rendu, être modifiées que par le Parlement de Westminster. Aujourd'hui, ces caractéristiques relèvent de modalités de modification constitutionnelle dites complexes, comme nous le verrons en détail plus bas.

E) L'arrêt SEFPO

Dans l'arrêt *SEFPO*, la Cour suprême devait se prononcer sur la validité des articles 12 à 16 d'une loi ontarienne, soit *The Public Service Act*⁵³, qui avait pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté aux droits de l'Ontario d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral.

Le juge Beetz, au nom de ses collègues les juges McIntyre, Le Dain et La Forest⁵⁴, s'est étendu longuement sur le sens qu'il

53. *The Public Service Act*, R.S.O. 1980, c. 418.

54. Six juges seulement ont pris part à cet arrêt. Le juge Lamer s'est dit d'accord avec le juge Beetz.

convenait de donner aux mots « constitution de la province » dans l'article 92 (1) de la Loi de 1867. Il a alors affirmé ce qui suit :

[L]es dispositions relatives à la constitution de l'état fédéral prises dans leur ensemble, ou essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral échappent au pouvoir de modification que le par. 92 (1) accorde à la province.

[...]

En outre, d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pu même être intangibles et considérées comme échappant au par. 92 (1), non pas parce qu'elles étaient essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, mais parce que, pour des raisons historiques, elles constituaient une condition fondamentale de l'union formée en 1867⁵⁵.

Puis, après avoir renvoyé à l'arrêt *Blaikie* rendu par la Cour suprême, le juge Beetz s'est exprimé comme suit :

[U]ne disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union⁵⁶.

Enfin, le juge Beetz a conclu que les dispositions de la loi ontarienne qui étaient contestées ne violaient pas une « condition fondamentale de l'union comme c'était le cas dans l'affaire *Blaikie*⁵⁷ », qu'elles n'étaient pas non plus « incompatibles avec la mise en œuvre du principe fédéral⁵⁸ », qu'elles constituaient « une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁹ » et qu'elles

55. Arrêt *SEFPO*, préc., note 8, par. 88-89.

56. *Id.*, par. 90.

57. *Id.*, par. 102.

58. *Id.*, par. 103.

59. *Id.*, par. 107.

ne touchaient « aux élections fédérales et provinciales que d'une manière accessoire⁶⁰ ».

Aux fins de notre propos, nous retiendrons de l'arrêt *SEFPO* que les dispositions constitutionnelles qui représentaient initialement une condition fondamentale de l'union canadienne devaient échapper à la portée de l'article 92 (1) de la Loi de 1867 et qu'il en était de même pour les dispositions liées à la mise en œuvre du principe fédéral.

C'est donc dire que, à l'instar de l'arrêt *Blaikie*, l'arrêt *SEFPO* a consacré l'idée voulant que, dans l'interprétation du pouvoir de modification découlant de l'article 92 (1) de la Loi de 1867, il fallait tenir compte de l'esprit de la disposition modifiée, de son sens historique, de son lien avec le principe fédératif et de son impact sur le système canadien.

L'arrêt *SEFPO* étaye également la proposition voulant que la Constitution canadienne possède une « structure constitutionnelle fondamentale⁶¹ », une « architecture interne » dira plus tard la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶². Dans ce dernier avis, sur lequel nous reviendrons plus bas, la Cour suprême ajoutera que « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure⁶³ ». Ces principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie⁶⁴.

F) L'arrêt *N.B. Broadcasting*

Dans l'arrêt *N.B. Broadcasting*, la Cour suprême a jugé, à la majorité, que les privilèges inhérents des organismes législatifs du Canada sont constitutionnalisés en vertu du préambule de la Loi de 1867.

60. *Id.*, par. 151.

61. *Id.*

62. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 50.

63. *Id.*

64. *Id.*

Le juge McLachlin a affirmé, au nom de trois de ses collègues, que les principes non écrits ont bel et bien leur place dans la Constitution canadienne. Bien qu'il existe au Canada un grand nombre de textes constitutionnels et bien qu'il ne convienne pas de transposer trop librement des concepts non écrits dans un régime constitutionnel qui a abouti à une constitution écrite, il n'y a pas lieu d'exclure de manière catégorique la reconnaissance de pouvoirs constitutionnels non écrits ou inexprimés⁶⁵. Et la juge McLachlin de poursuivre ainsi :

Le professeur Hogg conclut que [TRADUCTION] « l'évolution progressive du Canada, du statut de colonie à celui d'un État, fait qu'il n'est pourvu d'aucun document constitutionnel complet » (p. 1-8). Il reconnaît que le texte du par. 52(2) ne constitue pas une preuve concluante que cette disposition constitue une définition exhaustive de la Constitution du Canada.

[...]

Je suis d'accord avec l'essentiel de la pensée du professeur Hogg lorsqu'il fait observer que l'ajout d'autres textes aux 30 déjà énumérés à l'annexe mentionnée au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* risque d'avoir de graves conséquences compte tenu de la suprématie et de l'enchâssement prévus relativement à la « Constitution du Canada » aux par. 52(1) et 52(3). Toutefois, comme le reconnaît le professeur Hogg lui-même, le par. 52(2) ne se veut pas clairement exhaustif⁶⁶.

Le juge La Forest a souscrit de façon générale aux motifs de la juge McLachlin. Le juge Cory, malgré sa dissidence, s'est dit, pour une grande part, d'accord avec cette dernière sur les motifs qu'elle avait rédigés.

Comme nous pouvons le constater, la Cour suprême a ouvert la porte à la possibilité que l'article 52 de la Loi de 1982 vise des

65. Sur ce point, voir l'arrêt *N.B. Broadcasting*, préc., note 9, 375-376.

66. *Id.*, 377-378.

textes autres que ceux qu'il énumère, voire des principes se dégageant de pareils textes⁶⁷. L'article 52 ne se présente pas comme exhaustif, de rappeler la Cour suprême.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, voici ce qu'a dit la Cour suprême au sujet de l'arrêt *N.B. Broadcasting* :

Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens reconnaissent depuis longtemps l'existence et l'importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement⁶⁸.

L'arrêt *N.B. Broadcasting* appuie donc l'idée voulant que des privilèges constitutionnels inhérents, découlant du préambule de la Loi de 1867, fassent partie de la Constitution du Canada. Il s'agissait, en l'espèce, des pouvoirs constitutionnels non écrits et inexprimés qui étaient historiquement considérés comme nécessaires au bon fonctionnement des organismes législatifs. De là à affirmer que des principes constitutionnels sous-jacents sont susceptibles de faire partie de la définition de la Constitution du Canada au sens de l'article 52 (2) de la Loi de 1982, il n'y a qu'un pas que, comme nous le verrons plus bas, la Cour suprême a franchi dans sa jurisprudence ultérieure.

67. L'article 52 de la Loi de 1982, par l'emploi qui y est fait du mot « comprend », ne se veut définitivement pas exhaustif. Il peut viser d'autres textes que ceux qui y sont explicitement mentionnés. Il peut aussi concerner des principes constitutionnels trouvant leur expression dans des textes autres que ceux qu'il énumère. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 15, cette cour n'a pas voulu dire explicitement que la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, était bel et bien enchâssée dans la Constitution du pays. Elle s'est contentée de préciser que les caractéristiques essentielles de la Cour l'étaient. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous.

68. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 52.

G) L'arrêt *Colombie-Britannique c. Canada*

Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Canada*, le juge Iacobucci a tenu les propos suivants, au nom de la majorité :

Comme l'a reconnu le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 9 :

[TRADUCTION] La définition de l'expression « Constitution du Canada » au par. 52(2) est précédée du terme « comprend ». En général, dans les lois canadiennes, le terme « comprend » indique que la définition n'est pas exhaustive. Le terme « désigne » précède habituellement une définition exhaustive. Cependant, compte tenu de la spécificité de la liste des textes législatifs et décrets, et des graves conséquences (savoir la primauté et la constitutionnalisation...) de l'inclusion d'autres instruments, il est certain qu'aucun tribunal n'aurait l'audace de faire des ajouts à la liste des 30 instruments énoncés dans l'annexe. En conséquence, il semble seulement réaliste de considérer la définition comme exhaustive, même si elle omet de nombreux instruments importants pour le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Par exemple, la définition ne mentionne pas les instruments antérieurs à 1867 [...].

L'argument de la Colombie-Britannique va à l'encontre de la notion de bon sens formulée par le professeur Hogg [...] Il n'est certes pas nécessaire d'écarter complètement la possibilité que des documents non énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* puissent quand même être considérés comme constitutionnels dans certains contextes. Cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce⁶⁹.

69. Arrêt *Colombie-Britannique c. Canada*, préc., note 10, 94.

Comme on le voit, la Cour suprême n'a pas voulu se prononcer clairement sur la question de savoir si la « Constitution du Canada », au sens de l'article 52 (2) de la Loi de 1982, comprenait d'autres documents que ceux qui y sont expressément mentionnés. Elle n'a toutefois pas exclu une telle possibilité.

H) Le Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale

Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de cinq de ses collègues, que l'indépendance de la magistrature découlait d'un principe structurel, incorporé par renvoi dans le droit canadien en vertu du préambule de la Loi de 1867. Sur l'article 52 (2) de la Loi de 1982, le juge Lamer a tenu les propos suivants :

Même si [...] je continue de douter que les privilèges des assemblées provinciales fassent partie de la Constitution [...], j'accepte le principe général que la Constitution comprend des règles non écrites — et écrites —, dans une large mesure sur le fondement du libellé du par. 52(2). En effet, comme notre Constitution est dérivée d'un régime constitutionnel dont les règles fondamentales ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents faisant autorité, il n'est pas étonnant qu'elle retienne certains aspects de cet héritage.

Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 355, l'histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution « qui a abouti à la suprématie d'une constitution écrite définitive ». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Compte tenu de ces préoccupations, qui sont au cœur de l'idée de constitutionnalisme, il est de la plus haute importance de préciser la source de ces normes non écrites.

À mon avis, il est possible d'expliquer l'existence de bon nombre des règles non écrites de la Constitution canadienne en se reportant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [...] ⁷⁰.

Le juge La Forest, bien qu'il ait été dissident en partie, s'est dit d'accord avec le juge Lamer sur l'essentiel des motifs de ce dernier.

Donc, une fois de plus, la Cour suprême a reconnu que la Constitution canadienne comprenait des normes non écrites et que la définition qui se trouvait dans l'article 52 (2) de la Loi de 1982 n'était vraisemblablement pas exhaustive. La Cour suprême a ajouté toutefois que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (ou structurels) ne devait pas devenir une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution ⁷¹.

I) L'arrêt Hogan

Dans une décision rendue le 8 janvier 1998, le juge Orsborn de la Cour supérieure de Terre-Neuve (Newfoundland Supreme Court, Trial Division) s'est prononcé, en tant que juge des requêtes interlocutoires, sur la validité d'une modification (alors envisagée) aux Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, en vue de déconfessionnaliser le système scolaire de la province ⁷². Plus précisément, des catholiques avaient allégué que cela constituait une modification de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-

70. *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 92-94.

71. *Id.*, par. 93 et 104. Voir également le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 53.

72. Sur ce point, voir l'arrêt *Hogan 1998*, préc., note 12, par. 3. Les demandeurs cherchaient l'émission d'une injonction contre la proclamation par le gouverneur général du Canada de ce qui allait devenir la *Modification constitutionnelle de 1998 (Terre-Neuve)*, TR/1998-25 (Gaz. Can. II), édition spéciale.

après « Charte canadienne »)⁷³. Cet argument n'a pas été retenu par le juge Orsborn qui s'est, entre autres, exprimé comme suit :

Il est évident que, si un droit constitutionnel est adéquatement étendu ou restreint, la portée du contrôle judiciaire découlant de la Charte sera modifiée en conséquence. Toutefois, le fait que l'application de la Charte puisse être renforcée en raison d'une modification constitutionnelle qui retire à une province le pouvoir de discriminer ne signifie pas que la Charte elle-même ait été modifiée.

En l'espèce, la seule modification proposée est celle de l'article 17. Il n'y a pas un mot sur la modification de la Charte; le fait que l'application de cette dernière ait été élargie à Terre-Neuve n'équivaut pas à une modification visée par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁴.

73. Voir particulièrement l'arrêt *Hogan 1998*, préc., note 12, par. 100-102. Les demandeurs avaient également soutenu que l'article 93 de la Loi de 1867 s'appliquait à toutes les provinces – en raison de son paragraphe liminaire qui complète les articles 91 et 92 de la Loi de 1867 et qui confère aux provinces une compétence exclusive en matière d'éducation – et qu'il devait, de ce fait, échapper à la portée de l'article 43 de la Loi de 1982, ce dernier valant uniquement pour la modification de dispositions ne concernant qu'une ou que quelques provinces seulement (par. 110 et 111). Le juge Orsborn a carrément rejeté cet argument, au paragraphe 112 de sa décision, et a affirmé que l'article 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada constituait une disposition en soi ou, si l'on préfère, une disposition à part (*a stand alone provision*). En effet, l'article 17 en question s'appliquait à la place (*in lieu of*) de l'article 93 de la Loi de 1867. Voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), préc., note 1.

74. Arrêt *Hogan 1998*, préc., note 12, par. 104-105 (notre traduction). La version originale se lit comme suit :

It is obvious that, if the constitutional right is appropriately either expanded or reduced, the scope for Charter review will be correspondingly modified. However, the fact that the applicability of the Charter may be enhanced because of a constitutional amendment which removes from one province a power to discriminate does not mean that the Charter itself has been amended.

Cette conclusion s'imposait d'elle-même selon nous. En effet, il aurait été pour le moins étonnant qu'une modification aux Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada soit interprétée comme constituant une modification de la Charte canadienne, et ce, bien que la portée de cette dernière se soit trouvée en pratique élargie en raison de l'abrogation des droits confessionnels garantis par lesdites conditions. Étendre la modification de ces dernières jusqu'à la Charte canadienne était un argument aberrant, que le juge Orsborn n'a d'ailleurs eu aucune difficulté à rejeter.

L'aspect fort intéressant dans la décision du juge Orsborn est qu'elle confirme l'application de la procédure sélective prévue par l'article 43 de la Loi de 1982 dans le cas précis d'une modification aux Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada. Plus particulièrement, le juge Orsborn a donné le feu vert à la modification en cause afin qu'elle soit accomplie de façon bilatérale, c'est-à-dire entre les autorités fédérales et Terre-Neuve. N'oublions pas cependant que ces conditions ne s'appliquaient qu'à Terre-Neuve et ne concernaient que cette province, et ce, tant dans leur esprit que dans leur libellé. Il était donc normal, dans ces circonstances, d'avoir recours à l'article 43 de la Loi de 1982 et que seule la province de Terre-Neuve ait été appelée à donner son consentement à la modification souhaitée, en plus évidemment de la Chambre des communes et du Sénat.

Nous retenons néanmoins de la décision du juge Orsborn que, aux fins de l'application de l'article 43 de la Loi de 1982, il n'y a pas lieu de se préoccuper des conséquences indirectes de la modification envisagée sur le cadre constitutionnel. Seules les conséquences directes de cette dernière sur les lois constitutionnelles doivent être prises en considération.

In this case, the only proposed amendment is to Term 17. Not a word of the Charter has been altered; the opportunity for its expanded application in Newfoundland does not amount to its amendment within the contemplation of Part V of the Constitution Act, 1982.

Dans une décision rendue le 14 janvier 1999 à l'occasion de l'arrêt *Hogan*, le juge Riche, de la Cour supérieure de Terre-Neuve (Newfoundland Supreme Court, Trial Division)⁷⁵ a déclaré que la déconfessionnalisation du système scolaire de Terre-Neuve pouvait être accomplie en vertu de l'article 43 de la Loi de 1982 plutôt que de son article 38. Le juge Riche a déclaré par ailleurs que la liberté de conscience et de religion de même que la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression et les droits à l'égalité n'avaient pas été enfreints en l'espèce. Il a souligné qu'aucun droit de la minorité catholique n'avait été touché dans le présent cas. Puis il a conclu de la manière suivante :

Il est, à mon avis, tout à fait clair que l'article 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada est une disposition constitutionnelle qui ne s'applique qu'à la province de Terre-Neuve et à aucune autre. Par conséquent, [...] la procédure bilatérale de l'article 43 est la seule procédure qui peut s'appliquer à la présente modification. Il importe peu qu'il s'agisse d'une modification de l'article 93 [de la Loi de 1867] ou de l'article 17 susmentionné. Si la modification en cause ne concerne qu'une ou que quelques-unes des provinces et non pas toutes celles-ci, alors la procédure de l'article 43 est la seule qui puisse être applicable. L'article 17 ne s'applique bien sûr qu'à Terre-Neuve, et il s'ensuit que l'article 43 est la seule disposition qui puisse être utilisée pour le modifier⁷⁶.

75. Le juge Riche est celui qui a entendu l'affaire au fond et qui a dû juger de la constitutionnalité de la modification constitutionnelle ayant reçu l'assentiment royal le 8 janvier 1998. Il a estimé que cette modification était constitutionnelle : voir l'arrêt *Hogan* 1999, préc., note 12, par. 28, 56, 71 et 75.

76. *Id.*, par. 69 (notre traduction). La version originale se lit comme suit :
It is in my view abundantly clear that s. 17 of the Terms of Union between Newfoundland and Canada is a provision of the Constitution that applies solely to the province of Newfoundland and no other. Therefore [...] the bilateral procedure in s. 43 is the only procedure that will apply to this amendment. It does not matter whether it is an amendment to s. 93 or an amendment to Term 17. The amending procedure, if it concerns only one or more but not all provinces, then s. 43 is the only amending procedure.

Pour rédiger sa décision, le juge Riche s'est abondamment inspiré du jugement qui avait été rendu le 16 novembre 1998 par le juge Michel Côté, de la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Potter CS*⁷⁷. Dans ce jugement, sur lequel nous reviendrons plus bas, le juge Côté avait conclu que l'adoption de la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)* relevait de l'article 43 de la Loi de 1982 :

Ainsi, les *requérants* associent les mesures de protection confessionnelle en matière d'éducation, qui se retrouvent à l'article 93, aux libertés fondamentales précitées qui se retrouvent, quant à elles, à la Charte canadienne. Ils en concluent qu'une modification à l'application de l'un emporte modification implicite, bien que non explicite, de l'autre. Or, c'est précisément cette approche qu'a rejetée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Adler* en décidant que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales, mais qu'il constitue, en la matière dont il traite, un code complet dont la portée ne saurait être élargie par l'application de l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne*. Il en va de même en l'espèce, même à rebours. Le retrait – à l'égard de la seule province de Québec – d'une restriction constitutionnelle à la plénitude de sa compétence de légiférer en matière d'éducation, ne peut avoir pour effet de modifier la liberté fondamentale de chacun relative à la religion que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne*, pas plus qu'il n'affecte son égalité de bénéfice et protection égale de la loi qu'accorde l'article 15 de cette même charte⁷⁸.

Enfin, toujours dans l'arrêt *Hogan*, la Cour d'appel de Terre-Neuve (Newfoundland Supreme Court, Court of Appeal) a rendu sa décision le 28 février 2000⁷⁹. Au nom de cette cour, le juge Cameron a alors confirmé la décision du juge Riche de la Cour suprême de Terre-Neuve, voulant que la modification accomplie en 1998

Term 17, of course, applies only to Newfoundland and it follows that s. 43 is the provision that must be used to amend it.

77. Arrêt *Potter CS*, préc., note 14.

78. *Id.*, par. 48.

79. Arrêt *Hogan CA*, préc., note 12.

concernant la déconfessionnalisation du système scolaire terre-neuvien ait été valide⁸⁰. Selon la Cour d'appel, l'article 43 de la Loi de 1982 était la disposition appropriée pour accomplir pareille modification :

La fausse prémisse sur laquelle se fondent ces arguments veut que la Constitution fournisse un standard commun et national de protection en faveur de l'instruction confessionnelle. Le Canada n'est pas un État unitaire. La Confédération, dans sa nature même, reconnaît qu'il puisse y avoir des différences d'une province à l'autre.

Bien sûr, ce que l'article 93 a fait pour les provinces auxquelles il s'applique a été de protéger le système ou les systèmes d'éducation en vigueur dans chacune de ces provinces au moment de leur entrée dans la Confédération. Il n'a pas établi un standard national. Il était plutôt rédigé de façon à ne pas établir pareil standard. Au Québec, ainsi qu'il appert des références que nous avons faites ci-dessus à la situation qui régnait dans cette province, il existait plusieurs systèmes, selon l'endroit où l'on vivait. Dans d'autres provinces (Nouvelle-Écosse et Nouveau-Brunswick), il n'y avait, au moment de la naissance de la Confédération, qu'un système public d'éducation : par conséquent, les protections en matière d'écoles confessionnelles que contenait l'article 93 n'avaient pas vraiment d'application dans ces provinces. Dans le contexte propre à ce pays, l'éducation est considérée comme étant de compétence provinciale et les différences sont valorisées. Il n'y a dès lors rien en principe qui empêche une application différenciée de la Charte dans les diverses provinces en matière d'éducation, parce que les protections offertes par l'article 93 (comme celle qui découle de l'article 17) sont différentes pour chaque province.

L'idée voulant que la modification de l'article 17 soit une modification de la Charte parce que l'activité visée sera, à l'avenir, couverte par la Charte ne résiste pas à une analyse

80. Il s'agissait de la modification dont nous avons parlé plus haut : voir les notes 72 et 75.

fouillée. Chaque fois qu'une législature adopte une loi, il y a un risque qu'une activité qui n'était jusqu'alors pas couverte par la Charte le devienne. Personne ne peut qualifier de telles modifications à la Charte de « modifications constitutionnelles ». En l'espèce, l'activité qui, en vertu de l'article 17, a été mise à l'abri de la Charte dans le passé fait maintenant l'objet de l'application de celle-ci. En cela, cependant, la modification envisagée n'est en rien différente de n'importe quelle loi adoptée par une législature ou le Parlement. Aucun principe, aucun mot ni aucune nuance contenu dans la Charte n'est changé du fait de la modification de l'article 17. Cette dernière n'est pas une modification de la Charte et le choix de la procédure applicable à cette modification ne doit pas être effectué sur cette base⁸¹.

-
81. Arrêt *Hogan CA*, préc., note 12, par. 93-95 (notre traduction). La version originale se lit comme suit :

The false premise which is at the foundation of these arguments is that the Constitution provides some common national standard of protection for denominational education. Canada is not a unitary state. Confederation, by its very nature, recognizes there will be differences in laws from province to province. [...]

Of course, what s. 93 did for the provinces to which it applies was to protect the system or systems of education in effect in each of those provinces at the time they entered Confederation. This did not establish a national standard. It was in fact designed not to establish a national standard. In Quebec, as the earlier references to the situation in that province indicate, there were different systems depending on where one lived. In some provinces (Nova Scotia and New Brunswick) there was, at Confederation, only a public education system and therefore the denominational education protections contained in s. 93 have no real application in those provinces. In the context of this country, education is considered to be a provincial matter and differences are celebrated. There is, therefore, nothing in principle to prevent the different application of the Charter in different provinces to matters related to education because the protections in s. 93 (or provisions such as Term 17) are different for different provinces.

The idea that the amendment to Term 17 must be an amendment to the Charter because activity which hitherto was not subject to Charter scrutiny will, in the future, be subject to the Charter does not survive reasoned examination. Every time a legislature passes a statute there is the potential for Charter scrutiny of activity

La Cour d'appel de Terre-Neuve s'est donc limitée à l'examen de la disposition modifiée et du caractère technique de la modification envisagée⁸². Elle a par ailleurs rappelé que la procédure sélective de l'article 43 de la Loi de 1982 ne pouvait pas être mise en œuvre facilement, car elle requerrait non seulement le consentement de la province visée mais aussi celui des autorités fédérales, ces dernières veillant en tout état de cause à ce que les droits des minorités soient protégés⁸³.

J) Le Renvoi relatif à la sécession du Québec

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a émis quelques commentaires sur la portée de l'expression « Constitution du Canada », qui figure aux articles 38, 41, 42, 43 et 44 de la Loi de 1982 :

Comme nous l'avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806 : » La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. » La « Constitution du Canada » comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution « comprend des règles non écrites – et écrites –, comme nous l'avons souligné

which was not subject to scrutiny before. No one would describe those changes as amendments to the Charter requiring constitutional process for amendment. Here, activity which may, by virtue of Term 17, have been exempted from the application of the Charter in the past, now becomes open to Charter scrutiny. In this, however, the amendment would be no different than many new statutes passed by a Legislature or Parliament. Not a principle, word or nuance of the Charter itself is changed by an amendment to Term 17. The amendment to Term 17 is not an amendment to the Charter and the choice of the procedure for amendment of Term 17 cannot be determined on that basis.

82. *Id.*, par. 82.

83. *Id.*, par. 97 et 125.

récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle⁸⁴.

Il en résultait donc nettement que, pour la Cour suprême, l'article 52 (2) de la Loi de 1982 – qui offre, ne l'oublions pas, une définition de la Constitution du Canada – n'était pas limitatif et que la Constitution canadienne comprenait tant des règles non écrites que des règles écrites. C'est sur cette base que la Cour suprême a énoncé quatre principes directeurs fondamentaux qui, selon elle, sont sous-jacents à l'architecture constitutionnelle canadienne : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit ainsi que le respect des minorités⁸⁵.

Déjà, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*⁸⁶, la Cour suprême avait eu l'occasion de dire que la primauté du droit

84. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 32.

85. *Id.* Notons que la Cour suprême a précisé que cette énumération des principes constitutionnels sous-jacents n'était pas exhaustive.

86. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

était un « principe [...] nettement implicite de par la nature même d'une constitution⁸⁷ ».

Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*⁸⁸, la Cour suprême avait dit de la liberté de parole qu'elle constituait « une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique⁸⁹ ». À ses yeux, « [i]l s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867⁹⁰ ». La Cour suprême a ajouté ce qui suit :

Toutefois, il ne s'agit pas d'une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes. Ce processus de définition, de restriction et d'évaluation est aussi nécessaire pour ce qui est de la « liberté de parole » en tant que valeur qu'elle l'est pour les autres valeurs⁹¹.

De même, dans l'arrêt *La Reine c. Beauregard*⁹², la Cour suprême avait eu l'occasion de dire que le principe de l'indépendance judiciaire avait été transféré du Royaume-Uni au Canada par le texte du préambule de la Loi de 1867⁹³.

87. *Id.*, 750.

88. *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

89. *Id.*, par. 20.

90. *Id.*

91. *Id.*, par. 21.

92. *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56.

93. *Id.*; voir particulièrement au paragraphe 29 : « Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule ». Au paragraphe 30, voici comment la Cour s'est exprimée :

En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement

Il découle donc du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, et des autres décisions de la Cour suprême dont nous venons de parler, que l'expression « Constitution du Canada » dans l'article 52 (2) de la Loi de 1982 est susceptible d'inclure, outre les documents expressément mentionnés dans cette dernière mesure, un certain nombre de principes constitutionnels dont la portée et l'effet normatif réels demeurent toutefois énigmatiques.

K) L'arrêt *Potter*

Dans l'arrêt *Potter*, la validité d'une modification constitutionnelle pour permettre la déconfessionnalisation du système scolaire québécois était contestée⁹⁴. La Cour d'appel du Québec a conclu, sous la plume du juge Baudouin (au nom de ses collègues Chamberland et Biron), que cette modification bilatérale Ottawa-Québec avait été valablement accomplie en vertu de l'article 43 de la Loi de 1982. Notons au passage que la modification en question avait été sanctionnée par le gouverneur général du Canada

séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire.

Notons que, dans l'arrêt *La Reine c. Beauregard*, préc., note 92, les juges majoritaires de la Cour suprême ont également rappelé que, outre le principe de l'indépendance judiciaire, deux autres principes formaient la pierre angulaire du système judiciaire britannique : la suprématie du Parlement et la primauté du droit (par. 25). En ce qui touche plus particulièrement l'indépendance judiciaire, la Cour suprême a précisé, outre le préambule de la Loi de 1867, deux autres sources ou raisons d'être : le fédéralisme et la Charte canadienne (par. 27-28). Voir aussi le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, où la Cour suprême a réitéré que le principe de l'indépendance judiciaire avait été incorporé dans la Constitution canadienne, en tant que norme non écrite, par l'entremise du préambule de la Loi de 1867. Toujours dans ce dernier renvoi, la Cour suprême avait statué que le préambule en question invitait « les tribunaux à transformer [les principes structurels de la Loi de 1867] en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui am[enait] à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel » (par. 104).

94. *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/1997-141 (Gaz. Can. II), édition spéciale. Par cette modification, l'article 93A a été ajouté à la Loi de 1867. Cet article prévoit que les paragraphes 1 à 4 de l'article 93 de cette loi, portant sur les droits confessionnels, ne s'appliquent pas au Québec.

le 19 décembre 1997 et que la décision de la Cour d'appel du Québec datait du 12 novembre 2001, ce qui rendait à peu près impensable toute autre conclusion que celle qui allait dans le sens de la validité de cette modification.

Quoi qu'il en soit, toujours dans l'arrêt *Potter*, le juge Baudouin a aisément rejeté l'argument voulant que la modification bilatérale susmentionnée ait eu un impact sur le partage des compétences législatives en matière d'éducation⁹⁵. Du reste, pour les mêmes motifs que ceux qui avaient été invoqués par les juges Orsborn et Riche ainsi que par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *Hogan* – motifs dont nous avons parlé ci-dessus –, le juge Baudouin a déclaré que ladite modification bilatérale n'avait pas eu pour effet de modifier l'article 29 de la Charte canadienne⁹⁶. Cela était d'une grande évidence.

Le juge Baudouin s'est toutefois penché sur une question beaucoup plus délicate, soit celle de savoir si l'article 43 de la Loi de 1982 requerrait le consentement d'autres provinces que le Québec⁹⁷. Pour comprendre cette question, il faut savoir que l'article 93 de la Loi de 1867 s'applique en ce moment à cinq provinces, soit l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard⁹⁸. Il s'appliquait aussi au Québec avant que celui-ci s'en soustraie par la modification bilatérale de 1997. Malgré tout, le juge Baudouin en

95. Arrêt *Potter CA*, préc., note 14, par. 20-27.

96. *Id.*, par. 28-32. Plus spécialement, le juge Baudouin en est venu à la conclusion que la Charte canadienne ne confère en elle-même aucune garantie quant aux droits confessionnels et que ceux-ci sont, au contraire, des exceptions à la Charte canadienne.

97. *Id.*, par. 33-52.

98. Les lois constitutives du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan contiennent en ce moment des dispositions qui sont analogues à celles de l'article 93 de la Loi de 1867, mais qui comportent néanmoins certaines différences. C'était aussi le cas pour la province de Terre-Neuve avant qu'elle déconfessionnalise son système scolaire au moyen d'une modification de l'article 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, modification dont nous avons parlé plus haut, notamment aux notes 72 et 75.

est venu à la conclusion que seul le Québec, parmi toutes les provinces auxquelles l'article 93 s'appliquait, devait donner son consentement aux termes de l'article 43 de la Loi de 1982, en plus évidemment de la Chambre des communes et du Sénat⁹⁹.

Plus exactement, le juge Baudouin s'est fondé sur la version anglaise de l'article 43 qui parle du consentement de chaque province à laquelle la modification s'applique (« of each province to which the amendment applies »). Le juge Baudouin a également examiné la version française de l'article 43, qui requiert le consentement « de chaque province concernée » par la modification envisagée. Il en a conclu que le verbe *concerner* signifiait, dans son sens courant, « s'appliquer à » ou « avoir rapport à », ce qui correspondait, selon lui, à la version anglaise où l'on trouvait le verbe *applies*¹⁰⁰.

Or, pour le juge Baudouin, il était clair que la modification de 1997 ne s'appliquait techniquement qu'au Québec et que seule cette province devait consentir à cette modification (en plus des autorités fédérales) aux fins de l'application de l'article 43 de la Loi de 1982. En d'autres termes, le juge Baudouin a considéré que seul le Québec était « concerné » par la modification de 1997, et ce, en dépit du fait que l'article 93 de la Loi de 1867 avait touché cinq autres provinces à toute époque pertinente.

99. Arrêt *Potter CA*, préc., note 14. Notons cependant que le Sénat ne dispose que d'un *veto* suspensif de 180 jours en vertu de l'article 47 de la Loi de 1982.

100. *Id.*, par. 46. Selon le juge Baudouin, la version anglaise de la Loi de 1982 « correspond[ait] très exactement à l'intention des autorités constituantes » (*id.*, par. 49). Ces dernières ont voulu donner à l'ensemble du processus de modification constitutionnelle « une certaine souplesse, tout en l'entourant d'un contrôle démocratique de garanties juridiques et politiques importantes ». Très nettement, sur la question de l'équivalence entre les versions française et anglaise de l'article 43 de la Loi de 1982, le juge Baudouin a accordé beaucoup de poids à un article du professeur Daniel Proulx au paragraphe 46 de son jugement : Daniel PROULX, « La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide », (1998) 58 *R. du B.* 41.

Il ressort donc de cette décision de la Cour d'appel du Québec que, contrairement à l'article 45 de la Loi de 1982, qui doit se voir donner une interprétation téléologique, l'article 43 de cette loi, quant à lui, doit être interprété de façon technique¹⁰¹. Et cela s'avère, semble-t-il, même si ce dernier article doit être interprété en tenant compte de l'article 45 en question¹⁰².

L) Le Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, cette cour a reconnu que les changements à sa composition¹⁰³ et son abolition dépendaient de l'article 41 d) de la Loi de 1982. Elle a aussi conclu que les changements à ses autres caractéristiques essentielles¹⁰⁴ relevaient de la procédure 7/50, en vertu de l'article 42 (1)d) de cette

101. On peut dire de la procédure sélective de l'article 43 de la Loi de 1982 qu'elle requiert un consentement provincial qui, dans certains cas, peut être relativement limité, puisqu'elle ne repose que sur le consentement de la ou des provinces *directement* visées par la modification constitutionnelle envisagée (en plus de celui des autorités fédérales). Cela ne peut toutefois qu'encourager le fédéralisme coopératif, c'est-à-dire la collaboration fédérale-provinciale (ou fédérale-provinciale-territoriale).

102. Il est clair que l'article 43 de la Loi de 1982 doit être interprété à la lumière de l'article 45 de cette loi. Ainsi, l'article 43 vise essentiellement des dispositions constitutionnelles qui ne concernent pas que la régie interne d'une seule province mais qui, néanmoins, ne s'appliquent qu'à une ou à quelques provinces seulement, et non à toutes celles-ci. Parmi les mesures visées par l'article 43 en question figurent, au premier chef, les dispositions constitutionnelles qui (1) transcendent le seul intérêt d'une province, (2) ne s'appliquent qu'à une ou à quelques provinces et (3) mettent en cause des intérêts fédéraux. Reste maintenant à déterminer de quelles dispositions il s'agit...

103. La Cour suprême a précisé, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 15, que la notion de « composition » de la Cour suprême renvoyait à l'article 4 (1) de même qu'aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 67. Selon la Cour suprême, ces dispositions codifient sa composition et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982.

104. La Cour suprême a dit dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 15, par. 94, que les « caractéristiques essentielles incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel de dernier ressort pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance ».

loi. Voici d'ailleurs comment la Cour suprême s'est exprimée à ce sujet :

Initialement, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel en raison de l'évolution historique qui en a fait une institution dont la pérennité et le fonctionnement affectaient les intérêts à la fois du Parlement et des provinces. Ce statut a ensuite été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le contenu reflète la perception que les caractéristiques essentielles de la Cour faisaient partie de la Constitution canadienne.

[...]

En conséquence, la *Loi constitutionnelle de 1982* a confirmé que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême sont protégées par la Constitution. En effet, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettit expressément les changements touchant la Cour suprême et sa composition au respect des procédures de modification de la Constitution.

[...]

En résumé, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel parce qu'elle a évolué de manière à devenir une cour générale d'appel *de dernier ressort* pour le Canada, avec compétence sur les appels relatifs à toutes les lois fédérales et provinciales, y compris la Constitution. Ce statut a été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a assujetti toute modification portant sur la composition de la Cour et ses autres caractéristiques essentielles à des procédures de modification strictes¹⁰⁵.

Notons que ces conclusions n'étaient pas évidentes, puisque la *Loi sur la Cour suprême* ne figure pas parmi les textes mentionnés à l'article 52 (2) de la Loi de 1982. Il y avait donc lieu de s'interroger sur la question de savoir si la modification des dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* était ou non protégée par la partie V de la Loi

105. *Id.*, par. 76, 90 et 95.

de 1982. Or, la Cour suprême a carrément rejeté l'argument du procureur général du Canada, voulant qu'elle-même ne soit pas visée par la procédure de modification constitutionnelle de la partie V de la Loi de 1982, parce que la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas mentionnée à l'article 52 de cette loi. La Cour suprême a dit ce qui suit :

Cet argument est dépourvu de fondement. Il signifierait que les auteurs du texte constitutionnel ont constitutionnalisé l'*exclusion* de la Cour suprême de toute protection constitutionnelle [...] Cet argument signifierait aussi que les provinces ont accepté de mettre ce pouvoir unilatéral du Parlement à l'abri de toute modification, à moins que ne soient respectées les procéduresastreignantes établies dans la partie V¹⁰⁶.

La Cour suprême a aussi rejeté du revers de la main l'autre argument avancé par le procureur général du Canada, voulant que l'accord du lac Meech et l'entente de Charlottetown aient, s'ils avaient été adoptés, constitutionnalisé les conditions de nomination à la Cour suprême mais que, puisqu'ils ont finalement échoué, lesdites conditions ne soient pas inscrites dans la Constitution. La Cour suprême a répondu à cet argument de la façon suivante :

Nous ne pouvons pas retenir cet argument. Comme nous l'avons rappelé, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a protégé le statu quo en ce qui concerne la Cour suprême. Ce statu quo incluait expressément la composition de la Cour, dont la représentation du Québec à la Cour fait partie intégrante. L'Accord du lac Meech et l'Accord de Charlottetown auraient réformé le processus de

106. *Id.*, par. 98. Notons que la Cour suprême a affirmé que ses propres caractéristiques essentielles constituaient un élément fondamental de l'architecture constitutionnelle canadienne et que c'était à ce titre qu'elles se trouvaient enchâssées dans la Constitution du pays (par. 100-101). La Cour suprême a même invoqué l'article 101 de la Loi de 1867 au soutien de son opinion et a conclu que cet article « exige maintenant que le Parlement préserve – et protège – les éléments essentiels qui permettent à la Cour suprême de s'acquitter de sa mission actuelle » (par. 101).

nomination des juges de la Cour et exigé que les juges pour le Québec soient nommés parmi les candidats figurant sur une liste soumise par le Québec. Ces vaines tentatives de réforme prouvent uniquement qu'on a tenté de réformer plus généralement le processus de sélection, mais ne nous apprennent rien sur la protection constitutionnelle actuelle de la Cour. L'échec de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown signifie simplement que le statu quo quant au rôle constitutionnel de la Cour est demeuré intact¹⁰⁷.

De façon générale, il ressort du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* que cette dernière jouit d'un statut constitutionnel – du moins quant à ses caractéristiques essentielles – en raison de son rôle primordial dans la structure même du Canada¹⁰⁸. La Cour suprême forme « une institution constitutionnellement essentielle qui affecte les intérêts à la fois du fédéral et des provinces¹⁰⁹ »; elle est « une pierre d'assise de la Constitution¹¹⁰ ».

M) Le Renvoi relatif à la réforme du Sénat

Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême s'est penchée sur la portée des modalités de modification constitutionnelle énoncées dans la partie V de la Loi de 1982 et sur leur dynamique intrinsèque.

La Cour suprême devait alors essentiellement se prononcer sur la possibilité pour le Parlement de modifier unilatéralement la Constitution canadienne en vertu de l'article 44 de la Loi de 1982, de façon à tenir des élections facultatives en vue de nommer des sénateurs ou de réduire la durée de leur mandat. D'autres questions, portant sur l'abolition du Sénat ou sur l'abrogation des

107. *Id.*, par. 103.

108. À cet égard, voir particulièrement *id.*, par. 87, 88 et 100.

109. *Id.*, par. 87.

110. *Id.*, par. 89.

paragraphes 3 et 4 de l'article 23 de la Loi de 1867¹¹¹, étaient aussi posées à la Cour suprême, par la même occasion, par les autorités fédérales.

La Cour suprême a conclu que le Parlement ne pouvait pas apporter unilatéralement au Sénat les changements proposés quant à la tenue d'élections sénatoriales ni quant à la durée du mandat des sénateurs. Selon la Cour suprême, de tels changements exigeaient l'application de la procédure 7/50, et ce, que ce soit en vertu de l'article 42 de la Loi de 1982 dans le cas de l'élection ou de son article 38 concernant le mandat¹¹². Pour l'abolition du Sénat,

111. Le paragraphe 3 de l'article 23 de la Loi de 1867 concerne l'avoir foncier, alors que le paragraphe 4 porte sur l'avoir net ou, en d'autres mots, la fortune personnelle des sénateurs.

112. Comme devait l'affirmer la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, par. 74, 75 et 82 :

Nous convenons que le texte de l'art. 42 ne mentionne pas les changements à la durée du mandat des sénateurs. Cela ne veut pas dire pour autant que la procédure de modification unilatérale par le Parlement prévue à l'art. 44 s'applique à tous les changements relatifs au Sénat qui ne sont pas visés par l'art. 42: voir Whyte, p. 102-103.

Nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que propose le procureur général du Canada de la portée de l'art. 44. Nous avons déjà indiqué que la procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. Il ne s'agit pas d'une procédure dont le champ d'application est vaste et qui vise les changements constitutionnels à tous les aspects du Sénat que ne vise pas expressément une autre procédure de modification décrite à la partie V. L'historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l'art. 38 plutôt qu'à l'art. 44. Les changements qui mettent en cause les intérêts des provinces relatifs au Sénat en tant qu'institution faisant partie intégrante du système fédéral ne peuvent être apportés qu'en application de la procédure normale de modification. L'article 44, qui constitue une exception à la procédure normale, envisage des mesures prises en vue du maintien et du changement du Sénat, sans pour autant modifier ses nature et rôle fondamentaux. [...]

L'imposition d'un mandat fixe, si long soit-il, constitue un changement qui engage les intérêts des provinces en tant que parties prenantes dans l'ordre constitutionnel canadien et exige

la Cour suprême a retenu la procédure de l'unanimité qui figure dans l'article 41 de la Loi de 1982.

Enfin, la Cour suprême a accepté que la procédure unilatérale fédérale de l'article 44 s'applique à l'abrogation du paragraphe 3 de l'article 23 de la Loi de 1867. Elle en est venue à la même conclusion en ce qui concerne le paragraphe 4, sauf en ce qui avait trait aux sénateurs venant du Québec. Dans ce dernier cas, puisque cette province prenait part à un arrangement particulier, la Cour suprême a appliqué l'article 43 de la Loi de 1982 et a requis le consentement des autorités fédérales et de la province précisément visée : le Québec¹¹³.

Pour parvenir à ces conclusions, la Cour suprême s'est abondamment inspirée de la nature et de l'histoire du Sénat, comme elle l'avait fait antérieurement dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, dont nous avons parlé ci-dessus.

Plus particulièrement, sur les modalités de modification constitutionnelle en tant que telles, la Cour suprême a affirmé ce qui suit :

- L'article 52 (2) de la Loi de 1982 ne donne pas une définition exhaustive de la Constitution du Canada¹¹⁴. Au contraire,

l'application de la procédure normale — celle du 7/50 énoncée à l'art. 38 — pour que se réalise cette modification constitutionnelle. Cela revient à dire que les conditions essentielles du Sénat qui ne sont pas visées par l'article 42 de la Loi de 1982 le sont plutôt par l'article 38 de cette loi.

113. Plus précisément, la Cour suprême a été d'avis que la suppression de la condition relative à l'avoir foncier, prévue dans l'article 23 (3) de la Loi de 1867, ne modifierait ni la nature du Sénat ni son rôle fondamental. Cependant, la suppression de cette condition pour les sénateurs du Québec constituerait une modification relative à un arrangement spécial et entraînerait l'application de l'article 43 de la Loi de 1982 : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *id.*, par. 91.

114. Sur le caractère non exhaustif de l'article 52 (2) de la Loi de 1982, voir *id.* au par. 24. Notons d'ailleurs que, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême a rappelé qu'elle avait aussi mentionné le caractère non exhaustif de l'article 52 (2) dans (au moins) deux de ses

cette dernière inclut aussi les différents principes qui sont sous-jacents aux textes constitutionnels, soit les prémisses qui façonnent la structure fondamentale du pays. Ceux-ci sont donc compris dans les modalités de modification constitutionnelle de la partie V de la Loi de 1982, tout comme d'ailleurs les textes mêmes qui composent la Constitution canadienne¹¹⁵;

- Les articles 44 et 45 de la Loi de 1982 mettent respectivement en cause des intérêts purement fédéraux ou provinciaux¹¹⁶;
- Les modifications constitutionnelles qui touchent à des intérêts provinciaux doivent échapper à la portée de l'article 44 de la Loi de 1982¹¹⁷;
- L'article 42 de la Loi de 1982 complète l'article 38 de cette dernière¹¹⁸. Il poursuit deux buts différents : 1) assurer que la procédure 7/50 s'applique aux sujets qu'il mentionne expressément; 2) déclarer que les provinces ne peuvent pas se soustraire aux modifications accomplies sous son égide¹¹⁹;

décisions antérieures, soit le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 32, et le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 15, par. 97-100.

115. Sur ce point, voir notamment le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, par. 27, où la Cour suprême affirme ce qui suit :

[La] Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture.

116. *Id.*, par. 32.

117. *Id.*, par. 34.

118. *Id.*, par. 37.

119. Sur ce point, voir *id.*, par. 38 :

Cette disposition poursuit deux objectifs. Premièrement, donner aux auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* la certitude que la procédure 7/50 s'applique aux modifications portant sur certaines questions qui y sont expressément incluses : J. D. WHYTE, « Senate Reform: What Does the Constitution Say? », dans J. SMITH, dir., *The Democratic Dilemma: Reforming the*

- L'article 43 de la Loi de 1982 entre en jeu lorsqu'on cherche à modifier des dispositions de la Constitution du Canada qui prévoient un arrangement spécial pour une ou quelques provinces. Il requiert alors le consentement de chacune des provinces en question¹²⁰.

Notons du reste que, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême n'a pas écarté complètement la possibilité que la doctrine du caractère véritable s'applique en matière de modification constitutionnelle. Elle s'est tout simplement contentée de dire que cette doctrine, si elle devait effectivement être prise en

Canadian Senate (2009), 97, p. 102. Deuxièmement, déclarer que le droit des provinces de « se soustraire » à certaines modifications visées aux par. 38(2) à (4) ne s'applique pas aux catégories de modifications prévues à l'art. 42. Ainsi, les modifications apportées sous le régime de l'art. 42 s'appliquent de manière uniforme à toutes les provinces et les changements visés par la disposition sont mis en œuvre de manière cohérente partout au pays.

Voir aussi ce que dit la Cour suprême au paragraphe 83 :

Fait à noter, bien que l'art. 42 ne s'applique pas à l'imposition d'un mandat d'une durée fixe, aucune province ne pourrait « se soustraire » à une réforme du mandat qui recueillerait le consentement requis des provinces. Un tel changement constituerait une réforme institutionnelle qui modifierait l'indépendance du Sénat et le poste de sénateur. Cependant, il ne toucherait pas la compétence législative, les droits de propriété ou tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial. En conséquence, il ne ferait pas intervenir le droit de « se soustraire » prévu au par. 38(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

120. Voir *id.*, par. 44 :

L'art. 43 entre en jeu, à tout le moins, lorsqu'une modification constitutionnelle touche une disposition de la Constitution du Canada qui prévoit un « arrangement spécial », applicable uniquement à une ou à certaines des provinces. En pareil cas, le recours à la procédure 7/50 aurait une portée trop large, car il subordonnerait l'adoption de la modification au consentement de provinces auxquelles ne s'applique pas la disposition. L'article 43 permet aussi d'éviter qu'une disposition qui prévoit un arrangement spécial puisse être modifiée sans le consentement des provinces visées par l'arrangement : Monahan et Shaw, p. 210.

considération, ne saurait justifier une interprétation stricte des termes mêmes de la partie V de la Loi de 1982¹²¹.

Enfin, en ce qui concerne l'abolition du Sénat, la Cour suprême a dit que celle-ci exigerait l'application de la règle de l'unanimité, étant donné qu'elle « modifierait de façon fondamentale la structure constitutionnelle canadienne, y compris la procédure

121. Sur cette question, voir *id.*, par. 66-67. La Cour suprême y affirme ce qui suit :

Dans un même ordre d'idée, le procureur général du Canada plaide que des élections consultatives ne constitueraient pas, « de par leur caractère véritable », des modifications portant sur le « mode de sélection des sénateurs ». Il s'appuie ici sur la doctrine du caractère véritable utilisée par les tribunaux dans les affaires de partage des compétences pour décider si une loi a été valablement adoptée par un ordre de gouvernement : voir Hogg, p. 15-7 à 15-10. Les tribunaux se demandent dans de tels cas si la loi, de par son objet et ses effets, relève d'un des chefs de compétence constitutionnelle de l'autorité législative : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 63-66. Selon le procureur général, une loi visant la mise en place d'élections consultatives ne constituerait pas, de par son objet et ses effets, une modification relative au « mode de sélection des sénateurs ». Il restreint ainsi le sens de cette expression au mécanisme officiel de nomination des sénateurs par le gouverneur général.

Comme nous l'avons vu, l'expression « mode de sélection des sénateurs », suivant le sens ordinaire des termes qui le composent, ne vise pas uniquement le mécanisme officiel de nomination. L'emprunt d'une doctrine issue de la jurisprudence sur le partage des compétences n'écarte pas les difficultés que pose le texte constitutionnel. Même si la doctrine du caractère véritable était pertinente pour la présente analyse, son application ne saurait justifier une interprétation restrictive des dispositions pertinentes relatives à la modification de la Constitution. En effet, il convient de rappeler que les art. 38 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent à assurer qu'un consentement provincial appréciable sera obtenu pour les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux. La procédure 7/50 constitue la règle générale applicable pour modifier la Constitution canadienne. Le fait pour le procureur général d'invoquer le « caractère véritable » ne modifie en rien ce principe.

de modification de la Constitution¹²² ». Selon la Cour suprême, le fait de dépouiller totalement le Sénat de ses pouvoirs et de réduire à zéro le nombre de sénateurs outrepasserait la portée de l'article 42 de la Loi de 1982¹²³. Et la Cour suprême d'ajouter que la suppression de la Chambre haute transformerait fondamentalement la structure et l'application de la partie V de la Loi de 1982 dans son ensemble, et serait protégée par l'article 41e) de cette loi¹²⁴. La Cour suprême a conclu ainsi :

L'argument du procureur général du Canada voulant qu'on puisse supprimer la chambre haute sans modifier la partie V ne nous convainc pas. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la notion de modification de la Constitution du Canada ne vise pas seulement les modifications de forme; elle englobe aussi les modifications structurelles importantes de la Constitution. L'abolition de la chambre haute impliquerait une modification structurelle importante de la partie V [...] L'élimination du bicaméralisme rendrait inopérant ce mécanisme de contrôle et transformerait dans les faits la dynamique du processus de modification constitutionnelle. La structure constitutionnelle de la partie V serait fondamentalement modifiée dans son ensemble.

L'argument selon lequel l'abolition du Sénat n'entraînerait que des effets « accessoires » ou secondaires sur la partie V ne nous convainc pas non plus. Les effets de l'abolition du Sénat sur la partie V seraient directs et substantiels.

[...]

La révision des modifications constitutionnelles par une chambre haute est un élément essentiel des procédures de modification prévues à la partie V. Le Sénat joue un rôle dans toutes ces procédures, exception faite de la procédure unilatérale provinciale. Le processus de modification constitutionnelle dans un régime unicaméral différerait, au

122. *Id.*, par. 3.

123. *Id.*, par. 102.

124. *Id.*, par. 106.

plan qualitatif, du processus actuel. Il y aurait un acteur de moins dans le processus, et un mécanisme de contrôle disparaîtrait. Il faudrait décider si la procédure de modification peut être suivie en sa forme actuelle dans le cadre d'un régime unicaméral, ou si elle devrait être modifiée pour prévoir un nouveau mécanisme de contrôle exerçant la fonction autrefois assumée par la chambre haute. Ces questions se rapportent au fonctionnement de la formule de modification constitutionnelle et, à ce titre, selon l'al. 41e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement unanime du Parlement et des provinces est requis¹²⁵.

Les passages qui précèdent démontrent bien que la Cour suprême s'est refusée à appliquer, dans le cas de l'abolition du Sénat, la thèse formaliste qui avait été avancée par le procureur général du Canada. Au contraire, elle a tenu compte du rôle de la Chambre haute dans la structure constitutionnelle du pays et en est venue à la conclusion – à l'instar de la Cour d'appel du Québec avant elle¹²⁶ – que l'abolition du Sénat changerait implicitement la procédure de modification constitutionnelle prévue dans la partie V de la Loi de 1982. Par conséquent, pareille abolition exigerait le consentement unanime des provinces (en plus de celui des autorités fédérales) en vertu de l'article 41e) de cette loi.

Somme toute, la Cour suprême a favorisé, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, une approche téléologique large en ce qui touche à l'interprétation des modalités de modification constitutionnelle établies par la partie V de la Loi de 1982¹²⁷. Les

125. *Id.*, par. 107, 108 et 110.

126. *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 (CanLII).

127. Voir le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, par. 52, où la Cour suprême confirme ainsi l'application de l'approche téléologique large en matière de modification constitutionnelle :

À notre avis, l'argument selon lequel l'introduction d'élections consultatives n'est pas une modification de la Constitution est trop formaliste. En effet, il réduit la notion de modification constitutionnelle à la question de déterminer si le texte de la Constitution se trouve modifié. Cette approche restrictive ne respecte pas les exigences de l'interprétation et de la conception larges et téléologiques de la Constitution qui ont été

juristes sauront ainsi que, désormais, ces dernières s'appliqueront non seulement aux changements apportés aux textes constitutionnels eux-mêmes, mais aussi aux transformations explicites ou implicites de la structure constitutionnelle propre au Canada.

CONCLUSION

Dans le présent texte, nous avons analysé l'approche qu'ont privilégiée les cours de justice jusqu'à présent en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application des modalités de modification constitutionnelle de la partie V de la Loi de 1982.

Il ressort de notre analyse que les articles 44 et 45 de la Loi de 1982 – qui contiennent les pouvoirs unilatéraux de modification constitutionnelle – ne peuvent s'appliquer que pour les modifications qui ne touchent ni au compromis fédératif ni aux relations fédérales-provinciales (ou fédérales-provinciales-territoriales). Pour déterminer si la modification envisagée concerne ou non ces sujets, il faut tenir compte de son esprit tout autant que de son libellé.

Pour sa part, l'article 43 de la Loi de 1982 traite des modifications qui échappent à la portée de l'article 45 de cette loi, mais qui ne s'appliquent néanmoins qu'à une ou à quelques provinces, et non à toutes celles-ci. Lorsqu'il est mis en pratique, l'article 43 requiert alors le consentement de la Chambre des communes et du Sénat¹²⁸ de même que celui de toutes les provinces directement et techniquement visées par la modification constitutionnelle en cause.

exposées précédemment. Certes, le libellé des dispositions concernant la nomination des sénateurs resterait le même, mais les nature et rôle fondamentaux du Sénat en tant que corps législatif complémentaire chargé de donner un second regard attentif aux projets de loi seraient considérablement modifiés.

128. Cela est dit sous réserve du fait que le Sénat ne dispose que d'un *veto* suspensif de 180 jours en vertu de l'article 47 de la Loi de 1982.

Les autres modifications constitutionnelles – soit celles qui échappent à la portée des articles 43, 44 et 45 de la Loi de 1982 – relèvent soit de l'un ou l'autre des articles 41 et 42, selon le sujet sur lequel elles portent, soit de la procédure générale et résiduelle de l'article 38 (1) de la Loi de 1982.

Notons tout particulièrement que c'est la règle de l'unanimité, prévue par l'article 41 de la Loi de 1982, qui s'applique à la modification de la partie V de cette loi elle-même. Cela englobe non seulement les modifications techniques qui seraient apportées à la partie V en question, mais aussi les modifications influant de façon importante sur « la structure constitutionnelle canadienne¹²⁹ ».

Comme on peut le voir, si l'interprétation téléologique prévaut en ce qui concerne les articles 44 et 45, et même 41, de la Loi de 1982, tel n'est cependant pas le cas en ce qui a trait à son article 43. Dans ce dernier cas, l'approche des tribunaux judiciaires se veut nettement plus technique, de sorte que seul le consentement de la province *directement* visée par la modification constitutionnelle souhaitée sera requis, en plus évidemment de celui des autorités fédérales.

Quant à l'expression « Constitution du Canada », définie à l'article 52 (2) de la Loi de 1982, elle doit se voir donner une interprétation extensible. Elle contient assurément soit des textes qui n'y sont pas expressément mentionnés, soit des principes constitutionnels découlant de tels textes¹³⁰.

129. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 16, par. 3 et 48.

130. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 15, celle-ci n'a pas dit explicitement que la *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 67, était enchâssée dans la Constitution canadienne. Elle a indiqué néanmoins que « [l']alinéa 42(1)d) applique la procédure de modification 7/50 aux caractéristiques essentielles de la Cour, plutôt qu'à toutes les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* » (par. 94). La Cour suprême a également laissé entendre à différents endroits dans sa décision que l'article 4 (1) de même que les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* étaient bel et bien enchâssés dans la Constitution du pays (par. 5, 19, 25, 49, 74, 91, 93, 103-105). Enfin, comme nous l'avons vu précédemment, la

Grâce à des décisions récentes comme le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* ou le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, le juriste est en mesure de mieux comprendre la dynamique propre à la partie V de la Loi de 1982. Celle-ci demeure toutefois éminemment complexe. Elle reste aussi relativement nébuleuse. Par exemple, il est loin d'être certain que l'article 43 de la Loi de 1982 permet d'ajouter des dispositions nouvelles à la Constitution du Canada plutôt que de simplement servir à la modification des dispositions existantes¹³¹.

Quoi qu'il en soit, on aurait tort de sous-estimer l'apport des tribunaux à la compréhension de la partie V de la Loi de 1982. Et davantage encore de croire que la modification constitutionnelle est, au Canada, un sujet statique, sans vie, sans intérêt. Au contraire, année après année, la jurisprudence canadienne a discuté de ce sujet; elle a cherché à le démystifier.

Loin d'être un ensemble normatif hermétique et terne, la Constitution canadienne est un arbre vivant, ainsi que le disait lord Sankey à l'occasion de l'affaire *Edwards v. Attorney General for*

Cour suprême a rejeté l'argument du procureur général du Canada voulant que la *Loi sur la Cour suprême* ne soit pas protégée constitutionnellement parce qu'elle n'est pas mentionnée à l'article 52 de la Loi de 1982.

131. Guy TREMBLAY, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », (2011) 41,2 R.G.D. 417, 448, a examiné l'article 43 de la Loi de 1982. Il en est venu à la conclusion que cet article permettait possiblement d'ajouter dans la Constitution des dispositions nouvelles, tout en autorisant évidemment la modification des dispositions existantes :

Malgré la rigidité de ses dispositions principales, rigidité que des lois du fédéral et de certaines provinces ont accrue, la procédure de modification de la Constitution du Canada recèle un mécanisme qui permettrait au Québec d'obtenir satisfaction par simple entente avec le fédéral. Il se trouve dans l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982, lequel permet, selon nous, d'ajouter des dispositions nouvelles dans la Constitution et permet au surplus de greffer des garanties linguistiques et culturelles aux dispositions existantes qui octroient déjà un certain statut particulier au Québec.

*Canada*¹³². Et si les racines de cet arbre puisent profondément et finement dans l'histoire, ses ramifications, quant à elles, se révèlent bien imposantes et actuelles.

132. *Edwards v. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124, p. 136.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CODIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ CRIMINELLE DES ORGANISATIONS AU CANADA : ÉTUDE DE LA PORTÉE ET DE CERTAINES LACUNES DE L'INTERVENTION LÉGISLATIVE

Auteur(s) : Pierre-Christian COLLINS HOFFMAN

Revue : *RDUS*, 2017, volume 47, numéro 1

Pages : 109-179

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15289>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/15289>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CODIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ CRIMINELLE DES ORGANISATIONS AU CANADA : ÉTUDE DE LA PORTÉE ET DE CERTAINES LACUNES DE L'INTERVENTION LÉGISLATIVE

par Pierre-Christian COLLINS HOFFMAN*

En 2004, un nouveau régime de responsabilité criminelle des organisations a été instauré au Code criminel. Cette importante réforme a essentiellement fait en sorte de faciliter l'imputation de la responsabilité criminelle aux organisations par le remplacement de la théorie de l'identification auparavant élaborée par la common law, sans toutefois aller jusqu'à mettre en place un véritable régime de responsabilité du fait d'autrui. L'auteur étudie dans son article la portée et certaines lacunes de cette intervention du législateur. Il y aborde notamment le champ d'application du régime codifié, les divers paradigmes introduits par la codification et certains concepts appréciables concernant l'établissement de la responsabilité criminelle des organisations qui n'ont pas été traités à ce jour par le législateur, soit la responsabilité des filiales d'une organisation et la responsabilité de ses successeurs. L'auteur s'efforce alors de déterminer dans quelle mesure les tribunaux pourraient ou devraient compléter le régime codifié relativement à de tels concepts.

In 2004, a new corporate criminal liability regime was added to the Criminal Code. In essence, this important reform facilitates the imputation of criminal liability to organizations by replacing the "identification doctrine" developed by the courts, but without creating a true system of vicarious liability. This article examines the scope and certain consequences associated with this legislative reform. The extent of its application to various paradigms introduced by the legislation is examined. The author also discusses various significant concepts relating to the establishment of corporate criminal liability as well as certain concepts which have not been addressed by this legislation, more particularly the criminal liability of an organization's subsidiaries and that of its successors. The author also explores to what extent the courts might or should complete the codified system with respect to these concepts.

*. Avocat (LL.B., J.D., LL.M.). L'auteur tient à remercier M^e Anne-Marie Boisvert, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, de même que les évaluateurs de son texte, pour leurs commentaires judicieux. Le présent texte n'engage que son auteur.

SOMMAIRE

Introduction	111
I. Le régime de la common law	115
A. Le droit anglais	115
B. L'approche jurisprudentielle canadienne : la théorie de l'identification et le paradigme de l'âme dirigeante.....	117
II. L'intervention du législateur (modifications de 2004 au Code criminel)	122
A. Les objectifs	122
B. Le champ d'application de la réforme.....	125
1. Le droit fédéral.....	125
2. Le droit provincial et territorial	127
III. La portée des concepts relatifs à l'imputation de la responsabilité criminelle	131
A. La notion d'organisation	131
1. Le premier volet de la définition.....	131
2. Le second volet de la définition	136
B. La notion d'agent	137
C. La notion de cadre supérieur.....	141
1. L'agent jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations	143
2. L'agent assurant la gestion d'un important domaine d'activités.....	144
3. L'administrateur, le premier dirigeant et le directeur financier d'une personne morale.....	150
D. Les modes de participation.....	151
IV. L'étude de certaines lacunes du régime législatif	156
A. La responsabilité des entités juridiques membres d'un même groupe ou la levée du « voile corporatif ».....	156
B. La responsabilité des successeurs en cas de fusion ou de vente d'actifs	164
Conclusion	178

Introduction

L'une des difficultés fondamentales de l'attribution de la responsabilité pénale aux personnes morales tient au fait que ces dernières sont des créatures de la loi n'ayant aucune véritable manifestation physique¹. On ne peut leur reprocher directement d'avoir perpétré des gestes prohibés ou d'avoir été à l'origine d'omissions intentionnelles ou encore d'avoir adopté un état d'esprit blâmable. Ainsi, en matière criminelle, il est impossible de leur imputer immédiatement l'*actus reus* et la *mens rea*, les deux constituantes élémentaires traditionnellement requises aux fins de l'établissement de la responsabilité criminelle d'un individu dans un régime de common law². En outre, étant des fictions du droit, les personnes morales ne peuvent être assujetties aux sanctions pénales de nature physique, telles que l'emprisonnement, et la détermination de la peine à être imposée en cas de condamnation fait entrer en jeu plusieurs considérations non applicables aux individus³.

On ne peut donc traiter de la responsabilité pénale des personnes morales de la même manière que dans le cas des personnes physiques. Une personne morale ne pouvant engager de manière autonome sa responsabilité pénale, une corrélation doit être établie entre elle et un ou plusieurs individus qui lui sont liés. Autrement dit, un certain lien rationnel doit être montré entre le comportement, et parfois l'état d'esprit, des véritables contrevenants et la personne morale, de manière individuelle ou collective, pour que cette dernière puisse en subir des conséquences en

-
1. Selon Edward Thurlow, Lord Chancellor de la Grande-Bretagne, « [c]orporations have neither bodies to be punished, nor souls to be condemned; they therefore do as they like » : citation rapportée par John POYNDER, *Literary Extracts from English and other Works: Collected during Half a Century: Together with some Original Matter*, Londres, J. Hatchard, 1844, p. 268.
 2. *Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953, p. 975.
 3. Voir, par exemple, les facteurs de détermination de la peine propres aux organisations énoncés à l'article 718.21 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

matière pénale. La responsabilité pénale d'une personne morale est ainsi créée indirectement, par le truchement de règles faisant appel à la fiction juridique à un haut niveau d'abstraction.

En matière criminelle, le degré de connexité rationnelle qui est requis entre les actes et les omissions d'individus agissant pour le compte d'une personne morale et cette dernière est à géométrie variable selon le régime de droit applicable. En effet, alors que certains systèmes de droit favorisent la responsabilité du fait d'autrui en exigeant simplement que l'individu ayant perpétré les gestes prohibés ait agi dans l'exercice de ses fonctions pour le compte et au bénéfice de la personne morale pour que la responsabilité criminelle de cette dernière soit engagée⁴, d'autres requièrent un lien rationnel plus fort, par exemple que l'individu occupe un poste plus ou moins élevé dans l'ordre hiérarchique de la personne morale⁵.

-
4. Aux États-Unis, la Cour suprême a essentiellement adopté le même test pour la responsabilité criminelle des personnes morales que celui qui est applicable en matière de responsabilité extracontractuelle (*torts*), soit le test du *respondeat superior* : tout employeur ou tout mandant est responsable des actes criminels de ses employés et agents, s'ils ont été commis dans le contexte de leur emploi ou mandat, au profit de l'employeur ou du mandant, et ce, peu importe le niveau de poste occupé par l'employé ou l'agent (*New York Central R. Co. v. United States*, [1909] 212 U.S. 481; *Egan v. United States*, 137 F. (2d) 369, p. 379 (8th Cir. 1943)). Étant donné l'évolution du critère voulant que l'infraction doive avoir été commise au bénéfice de la personne morale, il ne semble désormais plus nécessaire de prouver que la personne morale a tiré un véritable profit de l'infraction : George SKUPSKI, « The Senior Management Mens Rea: Another Stab at a Workable Integration of Organizational Culpability into Corporate Criminal Liability » (2011) 62-1 *Case W. Res. L. Rev.* 267, 318-319, n. 255, citant *Standard Oil Co. v. United States*, 307 F. (2d) 120, 128 (5th Cir. 1962).
 5. Au Canada, que ce soit en vertu de la théorie jurisprudentielle de l'identification ou du régime prévu dans le *Code criminel*, ce n'est pas tout représentant d'une organisation qui peut, par ses agissements, engager la responsabilité criminelle de cette dernière. En effet, en vertu de la doctrine de l'identification, seule une *âme dirigeante* d'une organisation peut en engager la responsabilité criminelle (*Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662 (ci-après « arrêt *Canadian Dredge* »)), alors

Dans les États disposant d'un système de justice pénale issu du droit anglais comme le Canada, la responsabilité criminelle des personnes morales a d'abord essentiellement été créée par les tribunaux. Au Canada⁶ et en Angleterre⁷, ce n'est que relativement récemment que le législateur est intervenu pour modifier, en tout ou en partie, les paradigmes conceptualisés en jurisprudence au fil du dernier siècle.

Au Canada, il y a maintenant plus de dix ans qu'une réforme de la responsabilité criminelle des organisations a été intégrée au *Code criminel*, en remplacement de la « doctrine de l'identification » élaborée par la jurisprudence. Le projet de loi n° C-45⁸, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 31 mars 2004, a pour l'essentiel instauré un régime de responsabilité criminelle des organisations plus large que celui qui découlait de la théorie jurisprudentielle de l'identification⁹. Les modifications ont notamment eu pour effet de remplacer le paradigme de l'« âme dirigeante¹⁰ » qui se trouvait sous le régime de la théorie de l'iden-

qu'en vertu du *Code criminel*, instauré en 2004, seul un *cadre supérieur* peut, par ses agissements, engager une telle responsabilité criminelle (art. 22.1 et 22.2 C.cr.). Ces deux notions seront plus amplement étudiées dans notre article.

6. Comme nous l'exposerons ci-dessous, depuis 2004, le régime des cadres supérieurs édicté dans le *Code criminel* a remplacé le modèle des âmes dirigeantes de la théorie de l'identification pour l'ensemble des infractions criminelles.
7. Au Royaume-Uni, depuis l'entrée en vigueur en 2008 de la *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, (R.-U.), c. 19, le régime plus étendu du modèle de la carence de la gestion (*management failure model*) est appliqué en vue de l'établissement de la responsabilité criminelle des personnes morales pour la perpétration de meurtres et d'homicides, plutôt que la théorie jurisprudentielle de l'identification : voir Neil CAVANAGH, « Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault », (2011) 75-5 *J. Crim. L.* 414.
8. *Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, L.C. 2003, c. 21.
9. *R. c. Pétroles Global inc.*, 2013 QCCS 4262, par. 185 (ci-après « affaire Pétroles Global »).
10. Ce paradigme est parfois appelé « *alter ego* », « incarnation » ou « organe vital ».

tification par la notion plus souple et plus étendue de « cadre supérieur », élargissant ainsi le spectre de la responsabilité criminelle des organisations au Canada. Certains auteurs ont d'ailleurs fait observer que ce régime codifié se rapproche de la responsabilité du fait d'autrui¹¹.

Le présent article étudie et commente la portée et certaines lacunes de la codification de la responsabilité criminelle des organisations dans le *Code criminel*, en se concentrant sur l'angle de l'imputation de la responsabilité. D'abord, la loi entretenant un rapport de dépendance avec la common law¹², nous examinerons brièvement l'historique de la responsabilité criminelle des organisations en common law, de son refus complet jusqu'à la conceptualisation de la théorie jurisprudentielle de l'identification par les tribunaux. Nous traiterons ensuite des origines et des objectifs de l'intervention de 2004 du législateur fédéral en matière de responsabilité criminelle des organisations. Le reste de notre texte sera essentiellement consacré à l'analyse de la portée et des lacunes de la codification. Seront notamment abordés le champ d'application du régime codifié, les divers paradigmes introduits par la codification et certains concepts appréciables concernant l'établissement de la responsabilité criminelle des organisations qui n'ont pas été examinés jusqu'ici par le législateur, soit la responsabilité des membres du même groupe (filiales) d'une organisation et la responsabilité de ses successeurs. L'auteur s'efforcera alors de déterminer dans quelle mesure les tribunaux

-
11. Todd ARCHIBALD, Ken JULL et Kent ROACH, « The Changed Face of Corporate Criminal Liability », (2004) 48-3 *Crim. L.Q.* 367, 381; Pierre-Christian COLLINS HOFFMAN et Guy PINSONNAULT, « La responsabilité criminelle des organisations en matière d'infractions d'ordre économique », (2014) 27 (1) *Rev. Can. dr. con.* 132, 135.
 12. Les propos de la Cour suprême dans les arrêts *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, *R. c. Vu*, 2012 CSC 40, et *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, illustrent bien cette observation en matière criminelle. Au paragraphe 16 de l'arrêt *R. c. D.L.W.*, la Cour suprême écrit que « la common law continue de jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un comportement criminel ».

pourraient ou devraient compléter le régime codifié relativement à de tels concepts.

I. Le régime de la common law

A. Le droit anglais

Afin de bien circonscrire les différents enjeux entourant la responsabilité criminelle des organisations, il importe de faire brièvement état de ses fondements historiques en common law anglaise. Cette dernière répugnait initialement l'idée d'imputer une quelconque responsabilité criminelle aux personnes morales¹³, et ce, pour diverses raisons. Avant le milieu du XIX^e siècle, les tribunaux anglais considéraient que les personnes morales, étant de pures fictions juridiques immatérielles dépourvues de conscience et d'esprit, ne pouvaient commettre d'infractions¹⁴. On

13. Pour illustrer cette approche restrictive, la doctrine en matière de responsabilité criminelle des personnes morales a maintes fois cité les propos suivants qu'aurait tenus un juge anglais en 1701 : « [a] corporation is not indictable, but the particular members of it are » (*Anonymous Case (No 935)* (1701), 88 E.R. 1518, 1518 (K.B.)). Voir notamment Kathleen F. BRICKEY, « Perspectives on Corporate Criminal Liability », (2012) *Social Science Research Network* 1, 3, en ligne : <https://papers.ssrn.com/abstract=1980346> (15 août 2017); Andrew WEISSMANN, « Rethinking Criminal Corporate Liability », (2007) 82-2 *Ind. L.J.* 411, 418, n. 12, en ligne : <https://papers.ssrn.com/abstract=979055> (15 août 2017); Kathleen F. BRICKEY, « Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation », (1982) 60 *Wash. U. L.Q.* 393, 396, n. 15.

14. A. WEISSMANN, préc., note 13, 418-419; Markus WAGNER, *Corporate Criminal Liability National and International Responses*, International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference, Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 8-12 juillet 1999, présenté à The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, p. 2 [non publié], en ligne : <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/CorporateCriminal.pdf> (15 août 2017).

estimait notamment que, en vertu de la doctrine de l'*ultra vires*¹⁵, les pouvoirs des personnes morales étant limités à ceux qui étaient expressément décrits aux termes de leurs chartes, statuts ou lettres patentes, les personnes morales ne pouvaient commettre des infractions ou autoriser leurs agents et employés à en perpétrer¹⁶. Le fait que les personnes morales ne pouvaient personnellement se représenter devant les tribunaux était également soulevé comme un motif justifiant l'impossibilité que celles-ci puissent être reconnues coupables d'infractions criminelles¹⁷.

La quasi-immunité dont bénéficiaient les personnes morales en matière criminelle s'est effritée progressivement au fil du temps. Comme beaucoup de théories issues de la common law, l'évolution de la responsabilité criminelle des personnes morales s'est effectuée de manière plutôt aléatoire, sans véritable effort des tribunaux afin de concevoir une théorie cohérente et réfléchie¹⁸. Comme l'indique un auteur, l'acceptation de la responsabilité criminelle des personnes morales a été le fruit non pas d'un « choix de politique raisonné, mais [plutôt] le résultat de tendances changeantes du formalisme juridique¹⁹ ». En somme, la responsabilité criminelle des organisations a été élargie progressivement dans la common law anglaise sans véritable justification théorique, du moins jusqu'à l'avènement de la théorie de l'identification²⁰, laquelle sera abordée ci-dessous.

-
15. *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653. Voir également Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, feuilles mobiles, à jour au 1^{er} janvier 2017, ch. 9, nos 9-24-9-34.
 16. A. WEISSMANN, préc., note 13, 420; M. WAGNER, préc., note 14, p. 2. La doctrine de l'*ultra vires* a finalement été rejetée en matière de responsabilité extracontractuelle par le Conseil privé dans l'arrêt *The Citizens Life Assurance Company Limited v. Brown (New South Wales)*, [1904] UKPC 20.
 17. *Case of Sutton's Hospital*, 77 E.R. 960, 973 (K.B. 1612).
 18. A. WEISSMANN, préc., note 13, 417.
 19. *Id.*, 418 (notre traduction).
 20. Cette théorie a d'abord été établie en matière civile par la Chambre des Lords (*Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705

À partir du XX^e siècle, les tribunaux anglais ont commencé à accepter la possibilité de condamnation de personnes morales pour des infractions de *mens rea* dans certaines circonstances où il était possible d'associer la *mens rea* d'employés à celle de la personne morale²¹. En 1972, la Chambre des Lords a établi les balises de la doctrine de l'« identification corporative » en droit criminel anglais, en vertu de laquelle la volonté des âmes dirigeantes peut être assimilée à celle de la personne morale pour fonder la responsabilité criminelle de cette dernière²². Comme nous le verrons plus bas, les tribunaux canadiens ont, après l'abolition en 1933 des appels au comité judiciaire du Conseil privé en matière pénale, adopté, eux aussi la théorie de l'identification dans le domaine du droit criminel²³.

B. L'approche jurisprudentielle canadienne : la théorie de l'identification et le paradigme de l'âme dirigeante

Au début du XX^e siècle, pour les tribunaux canadiens, à l'instar de ceux du Royaume-Uni, l'exigence de la preuve de la *mens rea* faisait initialement échec à la responsabilité criminelle des personnes morales pour la perpétration d'infractions nécessitant la

(H.L.), puis éventuellement étendue en matière criminelle (*Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, [1971] U.K.H.L. 1).

21. James M. ANDERSON et Ivan WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, Santa Monica, RAND Corporation, 2014, p. 17; K.F. BRICKEY, « Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation », préc., note 13, 404, n. 62, citant *Chuter v. Freeth & Pocock Ltd.*, [1911] 2 K.B. 832; *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, [1944] K.B. 146; *Moore v. Bresler*, [1944] 2 K.B.D. 515; *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, [1944] K.B. 551.

22. *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, préc., note 20.

23. Les tribunaux canadiens auraient adopté une interprétation plus flexible de la théorie : Jennifer QUAID, « The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis », (1998) 43 *McGill L.J.* 67, 97, (n. 132), citant Don STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1995, p. 579.

preuve d'un élément moral²⁴, sous réserve de certaines exceptions à l'immunité des personnes morales en matière criminelle²⁵. En 1941, dans l'arrêt *R. v. Fane Robinson Ltd.*²⁶, la Cour d'appel de l'Alberta a importé en droit criminel canadien le paradigme de l'*alter ego* (ou de l'âme dirigeante) de la théorie de l'identification issue du droit anglais en matière de responsabilité civile extracontractuelle²⁷.

Il a toutefois fallu attendre l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*²⁸ de la Cour suprême du Canada en 1985 pour que les circonstances dans lesquelles une personne morale peut être reconnue coupable d'une infraction criminelle de *mens rea* soient précisées. Cet arrêt visait quatre sociétés ayant été condamnées par les cours d'instances inférieures pour des infractions criminelles relatives à un stratagème de truquage d'offres. La Cour suprême a alors confirmé l'application de la théorie de l'identification en droit criminel canadien²⁹. Par ailleurs, à l'image du droit anglais, elle a rejeté une approche fondée sur la responsabilité du fait d'autrui (*respondeat superior* : « le supérieur doit répondre ») préconisée en droit américain, en vertu de laquelle une personne morale est responsable des infractions commises par ses employés et ses agents, dans la mesure où ces dernières ont été perpétrées dans le contexte de leur emploi ou de leur mandat, au profit de l'employeur ou du mandant, peu importe le rang de l'employé ou de l'agent au sein de la personne morale³⁰.

La Cour suprême, sous la plume du juge Estey, a rejeté les divers moyens de défense présentés par les appelantes et confirmé

24. Arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, p. 676, citant *Halsbury's Laws of England*, vol. 8-9, Londres, Butterworths, 1909, p. 390.

25. Ces exceptions étaient les suivantes : « (1) la nuisance publique, (2) la diffamation criminelle, (3) les infractions de responsabilité absolue créées par la loi et (4) l'outrage au tribunal » : arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, p. 676.

26. *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409 (Alta. C.A.).

27. *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, préc., note 20.

28. Arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5.

29. *Id.*, p. 718-719.

30. *Supra*, note 4.

les déclarations de culpabilité prononcées à leur endroit. En arrivant à cette conclusion, la Cour suprême a déclaré que, pour que la responsabilité criminelle d'une personne morale soit engagée en raison des actes criminels commis par l'un de ses mandataires, outre qu'il faut prouver que ce dernier était une âme dirigeante de la personne morale, il incombe au ministère public de démontrer que le geste de l'âme dirigeante « a) entraînait dans le domaine d'attribution de ses fonctions; b) n'était pas complètement frauduleux envers la compagnie; et c) avait en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la compagnie³¹ ». Il a aussi été précisé que, si ces conditions sont remplies, le fait que la personne morale a implicitement ou expressément interdit la commission de l'infraction n'est pas source d'exonération pour cette dernière³². Ne fait pas non plus échec à la responsabilité criminelle de la personne morale, en vertu de la théorie de l'identification, le fait que ses administrateurs n'ont pas été au courant des agissements illégaux³³. En l'espèce, la Cour suprême a déterminé que, bien qu'elles aient tiré personnellement des avantages de leur stratagème collusoire, les âmes dirigeantes n'avaient pas entièrement agi dans le dessein de frauder les personnes morales pour qui elles exerçaient leurs fonctions, et les appelantes en avaient aussi profité³⁴. Par conséquent, le plus haut tribunal du pays a ultimement confirmé leur culpabilité.

Pour la Cour suprême, la notion d'âme dirigeante comprend « le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie³⁵ ». L'arrêt *Canadian Dredge* indique en outre qu'une société peut posséder plus d'une âme dirigeante (particulièrement au Canada, où les entreprises exercent souvent leurs activités sur un vaste territoire)³⁶. Or, bien que cet arrêt ait apporté des

31. Arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, p. 713-714.

32. *Id.*, p. 698-699.

33. *Id.*, p. 684-685.

34. *Id.*, p. 717-718.

35. *Id.*, p. 693.

36. *Id.*, p. 692-693.

précisions utiles sur la mise en œuvre de la théorie de l'identification en matière criminelle, la portée de la notion d'âme dirigeante n'était pas encore tout à fait claire en ce qui a trait à la distinction entre les individus bénéficiant de l'« autorité directrice » et les « employés ordinaires » de la personne morale.

Des éclaircissements sur ce paradigme ont été fournis huit années plus tard aux termes de l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*³⁷, où la Cour suprême devait à nouveau se prononcer sur la théorie de l'identification, mais cette fois-ci dans le contexte de demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité suivant l'article 647 (2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*³⁸. Dans son jugement, la Cour suprême a en quelque sorte restreint la doctrine de l'identification, en précisant que, pour qu'un employé ou un mandataire d'une personne morale puisse être qualifié d'âme dirigeante de cette dernière, il devait exercer un pouvoir décisionnel sur la conception de ses politiques³⁹. À l'inverse, il a été déterminé qu'un employé ou un mandataire qui ne fait que mettre en exécution des politiques ne pouvait être considéré comme jouissant d'une véritable autorité directrice permettant de conclure que les gestes d'un tel individu sont ceux de la personne morale aux fins de la doctrine de l'identification⁴⁰. Pour reprendre les propos de la Cour suprême, « [l]e facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel⁴¹ ». La Cour suprême a par

37. *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497.

38. *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9. Quoique cet arrêt n'ait pas été rendu dans le contexte d'une poursuite criminelle, les principes énoncés par la Cour suprême dans ce dernier ont été cités dans la jurisprudence en matière pénale. Voir, par exemple, les affaires *R. v. Tri-Tex Sales & Service Ltd.*, 2006 CanLII 25401 (NL PC), et *TFE Industries Inc. c. La Reine*, 2009 NBCA 39.

39. *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, préc., note 37, p. 521-522 et 526-527.

40. *Id.*

41. *Id.*, p. 526-527.

ailleurs confirmé la possibilité d'une délégation expresse ou implicite de l'autorité directrice permettant la caractérisation d'un individu en tant qu'âme dirigeante⁴².

À la lumière de la jurisprudence précitée⁴³, la théorie de l'identification en droit pénal canadien peut être résumée ainsi : la responsabilité criminelle d'une personne morale pour une infraction de *mens rea* commise par l'un de ses employés ou mandataires est engagée dans la mesure où :

- celui-ci est une âme dirigeante de la personne morale (c'est-à-dire qu'il s'est vu attribuer ou déléguer, expressément ou implicitement, un pouvoir décisionnel quant aux politiques générales de l'organisation);
- l'infraction a été commise alors que ce dernier agissait dans le domaine d'exercice de ses fonctions;
- l'infraction n'a pas été commise dans le seul but de frauder la personne morale;
- l'infraction avait pour objet ou pour résultat de faire en sorte que la personne morale en tire un bénéfice, en tout ou en partie, et ce, peu importe l'existence d'une interdiction spécifique ou générale en place quant à l'infraction, ou le fait que le conseil d'administration ou les membres de la direction étaient ou non au courant des circonstances ayant mené à l'infraction⁴⁴.

La théorie de l'identification impute donc les éléments matériels et moraux d'une infraction à la personne morale en

42. *Id.*, p. 520.

43. Outre les arrêts *Canadian Dredge*, préc., note 5, et *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, préc., note 37, voir l'arrêt *Revenu Canada c. Forges du Lac inc.*, [1997] R.J.Q. 1254 (C.A.).

44. Voir le bon résumé de la théorie de l'identification de la Cour du Québec dans le jugement *R. c. Pétroles Global inc.*, 2012 QCCQ 5749, par. 68.

établissant une connexion entre les actes d'une personne physique détenant une autorité directrice au sein de la personne morale et ceux de cette dernière. Comme l'a observé le juge Estey dans l'arrêt *Canadian Dredge*, cette approche possède un certain fondement rationnel, quoique ce dernier soit imparfait⁴⁵.

Ainsi, les tribunaux canadiens ont élaboré une doctrine plus sophistiquée que celle qui découlait du modèle américain fondé sur la maxime *respondeat superior*. En effet, l'approche jurisprudentielle canadienne prend en considération les incidences de la responsabilité criminelle des personnes morales pour arriver à une solution que l'on pourrait qualifier de médiane entre l'immunité complète des personnes morales et la simple responsabilité du fait d'autrui, c'est-à-dire une attribution de la responsabilité criminelle à la personne morale pour une infraction commise par tout employé ou tout agent, peu importe qu'il ait bénéficié ou non d'une autorité directrice⁴⁶. Or, comme nous le verrons plus bas, aux yeux du gouvernement, cette solution élaborée par la common law était trop étroite, et un régime « modernisé » se révélait nécessaire pour faciliter l'établissement de la responsabilité criminelle des organisations en droit criminel canadien.

II. L'intervention du législateur (modifications de 2004 au Code criminel)

A. Les objectifs

En 2004, des modifications au *Code criminel* ont fait en sorte qu'un nouveau régime de responsabilité criminelle des organisations conçu par le législateur a été substitué à la théorie de

45. Arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, p. 718-719.

46. *Id.*, p. 701 : la Cour observe que « [l]a théorie de l'identification en *common law* a été inspirée par le désir de trouver un moyen terme à la fois pratique et acceptable qui permettrait qu'une compagnie soit soumise au droit criminel général, sans pour autant qu'elle ait à répondre des actes criminels de chacun de ses employés et mandataires ».

l'identification⁴⁷. Le régime législatif a essentiellement élargi la portée de la responsabilité criminelle des organisations au Canada en facilitant leur condamnation. Notamment, de nouvelles définitions ont été ajoutées à l'article 2 C.cr. (dont celles d'« agent », de « cadre supérieur » et d'« organisation »), et l'imputation de la responsabilité criminelle aux organisations pour la perpétration d'infractions de *mens rea* objective et subjective est désormais établie selon des modes de participation des organisations à de telles infractions aux termes des articles 22.1 et 22.2 C.cr. Sans établir un véritable régime de responsabilité du fait d'autrui *simpliciter* comme il existe aux États-Unis, le modèle prescrit par le *Code criminel* se rapproche davantage d'un tel régime que de la doctrine de l'identification jurisprudentielle⁴⁸.

Le projet de loi n° C-45 a été adopté dans la foulée de la réforme du *Code criminel* proposée par le gouvernement aux termes de sa réponse de novembre 2002 au quinzième rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes⁴⁹, dans laquelle le gouvernement arrivait à la conclusion « que le droit pénal canadien applicable aux personnes morales a besoin d'être modernisé⁵⁰ ». Le gouvernement estimait notamment que la théorie de l'identification n'était pas adaptée aux organisations possédant une structure complexe, affirmant que celle-ci « ne reflète pas la réalité de la prise de décision dans les sociétés et de la délégation de la responsabilité opérationnelle dans les organisations complexes⁵¹ ».

47. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la théorie de l'identification demeure applicable en matière de responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions réglementaires de *mens rea* créées par certaines législatures provinciales.

48. *Affaire Pétroles Global*, préc., note 9, par. 185.

49. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Réponse du gouvernement au quinzième rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne (Responsabilité des personnes morales)*, Ottawa, 2002, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/jdp-jhr/index.html> (15 août 2017).

50. *Id.*, sous la rubrique « Résumé ».

51. *Id.*

Il ressort de la lecture de la réponse de novembre 2002⁵² et des débats parlementaires sur le projet de loi n° C-45⁵³ que les deux principaux objectifs des modifications de 2004 étaient :

- d'une part, de faciliter, généralement, l'établissement de la responsabilité criminelle des organisations pour les infractions tant de *mens rea* subjective que de *mens rea* objective, notamment en élargissant les catégories de personnes pouvant engager cette responsabilité;
- d'autre part, de renforcer la sécurité en milieu de travail, en créant, entre autres, un nouveau devoir incombant à toute personne surveillant un travail ou une tâche « de prendre les mesures voulues pour éviter qu'il n'en résulte de blessure corporelle pour autrui⁵⁴ ».

On peut également supposer que l'élargissement de la responsabilité criminelle des organisations par le législateur avait pour objet de contribuer aux objectifs généraux du droit criminel, dont la dénonciation et la dissuasion⁵⁵, soit en encourageant les

52. *Id.*, sous la rubrique « Mesures législatives proposées ».

53. *Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, projet de loi n° C-45 (sanctionné le 7 novembre 2003), 2^e sess., 37^e légis. (Can.).

54. Art. 217.1 C.cr.

55. *R. v. Metron Construction Corporation*, 2013 ONCA 541, par. 115; art. 718 b) et c) C.cr. Nombre d'auteurs sont d'avis que la rétribution ne peut être un objectif visé par la responsabilité criminelle des personnes morales puisque ces dernières, étant des fictions du droit, ne peuvent subir de condamnation morale : Lawrence FRIEDMAN, « In Defense of Corporate Criminal Liability », (2000) 23 *Harv. J. L. & Pub. Poly* 833, 844, citant Shayne KENNEDY, « Probation and the Failure to Optimally Deter Corporate Misconduct », (1998) 71 *S. Cal. L. Rev.* 1075, 1084; John T. BYAM, « The Economic Inefficiency of Corporate Criminal Liability », (1982) 73 *J. Crim. L. & Criminology* 582, 583 à 585; voir aussi John C. COFFEE, Jr., « No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment », (1981) 79 *Mich. L. Rev.* 386, 448.

propriétaires, les administrateurs et les dirigeants d'organisation à prendre davantage de mesures pour prévenir la survenance d'infractions criminelles et ainsi protéger leurs employés et le public⁵⁶. Les individus agissant au sein de l'organisation sont la cible ultime de l'objectif de dissuasion, car ils peuvent subir personnellement les conséquences immédiates de la condamnation de l'organisation (par exemple, la diminution de la valeur des titres détenus dans l'organisation ou une perte d'emploi). Dans cette optique, la responsabilité criminelle des organisations est essentiellement une forme de sanction collective⁵⁷.

B. Le champ d'application de la réforme

1. Le droit fédéral

Selon l'article 34 (2) de la *Loi d'interprétation*⁵⁸, « [s]auf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte ». Par conséquent, les prescriptions du *Code criminel* sont en vigueur, sauf si le législateur indique clairement qu'elles sont exclues ou si une loi comporte un « code complet » en soi⁵⁹. Le seul fait qu'une loi fédérale aborde le même sujet qu'une disposition du *Code criminel* ou le silence d'une telle loi quant à l'application du *Code criminel* ne sont pas suffisants de par leur nature pour conclure à l'intention du législateur d'exclure l'application du *Code criminel*⁶⁰. Par exem-

56. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, p. 133.

57. John HASNAS, « The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability », (2009) 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1329, 1340.

58. *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. 1-21.

59. *R. v. Del Mastro*, 2016 ONSC 2071, par. 148; *Ukrainetz v. Canada (Attorney General)* (1995), 39 C.R. (4th) 373, par. 9.

60. *R. v. Del Mastro*, préc., note 59, par. 149, citant *R. v. Ross*, 1991 CarswellBC 998 (C.A.), et *R. c. Multiform Manufacturing Co.*,

ple, dans l'affaire *R. v. Del Mastro*⁶¹, la Cour supérieure de l'Ontario a estimé, en ce qui a trait à la *Loi électorale du Canada*⁶², que, en l'absence d'indication claire de l'intention du législateur d'écarter l'article 21 C.cr. concernant les participants à une infraction, ce dernier s'appliquait aux infractions édictées aux termes de cette loi⁶³.

Ainsi, en ce qui concerne la législation fédérale, à moins que la loi n'écarte explicitement ou implicitement les modes de participation des organisations aux infractions énoncés aux articles 22.1 et 22.2 C.cr., ceux-ci s'appliquent aux infractions de *mens rea* subjective et objective créées par d'autres lois fédérales (par exemple, la *Loi sur la concurrence*⁶⁴). Cependant, lorsque l'infraction édictée par une loi fédérale est de responsabilité stricte, la responsabilité d'une organisation sera plutôt établie selon le régime prévu par la loi créant une telle infraction, le cas échéant, et les principes de common law applicables, tels que ceux qui sont relatifs à la responsabilité du fait des mandataires⁶⁵. D'ailleurs, dans l'arrêt *Canadian Dredge*, la Cour suprême a conclu que la

[1990] 2 R.C.S. 624. Voir aussi l'affaire *Lynk v. Ratchford*, 142 N.S.R. (2d) 399.

61. *R. v. Del Mastro*, préc., note 59.

62. *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9.

63. *R. v. Del Mastro*, préc., note 59, par. 147-152.

64. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34. Par exemple, la Cour supérieure du Québec a appliqué l'article 22.2 C.cr. dans l'affaire *Pétroles Global*, préc., note 9, qui impliquait des accusations en vertu de l'infraction prévue par l'alinéa c) de l'article 45 (1) de la *Loi sur la concurrence* portées à l'encontre d'une organisation.

65. Selon le professeur Gerald Henry Louis FRIDMAN, *Canadian Agency Law*, 3^e éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2017, p. 235-236, deux théories ont été appliquées par les tribunaux en vue d'établir la responsabilité criminelle des mandants pour les infractions de responsabilité stricte commises par leurs mandataires, soit la doctrine de la « portée de l'autorité », en vertu de laquelle il y a responsabilité indirecte dans la mesure où le mandataire ayant commis l'infraction a agi dans les limites de son autorité, et la doctrine de la « délégation », selon laquelle la responsabilité du mandant dépend de la question de savoir si la tâche qui a mené à la commission de l'infraction avait été déléguée au mandataire.

théorie de l'identification ne s'applique pas aux infractions de responsabilité stricte : elle a précisé que, pour ce type d'infractions, « il importe peu que l'accusé soit ou non une personne morale parce qu'il s'agit d'une responsabilité directe qui découle des termes de la loi » et que la « responsabilité ne dépend pas de l'imputation à l'accusé des méfaits d'autrui »⁶⁶.

En somme, le régime de responsabilité criminelle des organisations du *Code criminel* s'applique aux infractions édictées par le Parlement fédéral dans une autre loi dans la mesure où, d'une part, le législateur n'a pas exclu ce régime de façon non équivoque et, d'autre part, ces infractions nécessitent la preuve hors de tout doute raisonnable d'un élément mental objectif ou subjectif.

2. Le droit provincial et territorial

Comme c'est le cas en droit fédéral, les articles 22.1 et 22.2 C.cr. sont sans effet en ce qui concerne les infractions provinciales et territoriales de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue. Pour ce qui est des infractions réglementaires exigeant la preuve de la *mens rea* du contrevenant, un régime différent peut s'appliquer selon la province ou le territoire où les accusations sont portées, soit la théorie de l'identification ou le régime du *Code criminel*.

Au Québec, en Ontario et au Nouveau-Brunswick, les lois sur les poursuites sommaires qui existaient auparavant ont été abrogées et remplacées par des lois de procédure pénale indépendantes (ou presque) du *Code criminel*⁶⁷. Dans ces provinces, la théorie de l'identification demeure applicable en ce qui a trait à la condamnation des personnes morales pour des infractions

66. Arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, p. 674.

67. Québec : *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1; Ontario : *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, c. P.33; Nouveau-Brunswick : *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, c. P-22.1.

provinciales requérant la preuve de la *mens rea*, car les lois sur la procédure pénale de ces provinces n'intègrent pas automatiquement les dispositions du *Code criminel* (et les modifications à ces dernières) qui s'appliquent aux infractions punissables par déclaration de culpabilité par procédure sommaire, dont les articles 22.1 et 22.2. C'est la conclusion à laquelle la Cour de justice de l'Ontario est arrivée dans le jugement *Toronto (City) v. Zanzibar Tavern Inc.*⁶⁸. Dans cette affaire, elle a estimé que les modifications de 2004 au *Code criminel* relatives à la responsabilité criminelle des organisations ne s'appliquent pas aux infractions réglementaires de l'Ontario et que l'élément moral continue d'être attribué aux personnes morales par le truchement de la doctrine de l'identification, contrairement aux provinces où les poursuites pénales pour des infractions réglementaires continuent d'être régies par les lois sur les poursuites sommaires⁶⁹.

Généralement, dans les provinces n'ayant pas adopté de loi sur la procédure pénale remplaçant la procédure sommaire prévue dans le *Code criminel*, le régime de la common law a automatiquement été remplacé par celui du *Code criminel*. En Alberta, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Nouvelle-Écosse, les lois sur les poursuites sommaires effectuent un renvoi général aux dispositions du *Code criminel* et indiquent que celles qui sont « applicables » aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent *mutatis mutandis* aux poursuites pénales introduites en vertu de la loi provinciale⁷⁰.

68. *Toronto City v. Zanzibar Tavern Inc.*, 2007 ONCJ 401.

69. *Id.*, par. 190. Voir aussi l'affaire *Ontario (Ministry of Consumer & Business Services) v. Pellegrini*, 2006 ONCJ 297, par. 26.

70. Alberta : *Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. 2000, c. P-34, art. 3 : « Except to the extent that they are inconsistent with this Act and subject to the regulations, all provisions of the *Criminal Code* (Canada), including the provisions in Part. XV respecting search warrants, that are applicable in any manner to summary convictions and related proceedings apply in respect of every matter to which this Act applies »; Île-du-Prince-Édouard : *Summary Proceedings Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-9, art. 4(1) : « The provisions of the *Criminal Code* (Canada) R.S.C. 1985, c. C-46, as amended from time to time, including provisions relating to appeals,

Ainsi, le régime codifié semble avoir remplacé la théorie de l'identification dans ces trois provinces, puisque les articles 22.1 et 22.2 C.cr. sont applicables tant aux infractions punissables par procédure sommaire qu'à celles qui le sont par mise en accusation.

Dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, l'article 6 (1) de la *Provincial Offences Act*⁷¹ intègre en droit provincial, avec les adaptations nécessaires, les dispositions du *Code criminel* « ayant trait » (*respecting*) aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Les lois correspondantes en matière de procédure pénale de la Colombie-Britannique, du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest emploient un libellé similaire⁷², en énonçant que les dispositions du *Code criminel* « relatives » (*relating*) aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité sont applicables avec les adaptations nécessaires. Il appert que ce libellé ne devrait pas être interprété comme signifiant que seuls les articles du *Code criminel* relatifs uniquement aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire sont applicables, mais que le sont aussi les articles pouvant toucher de telles infractions, exclusivement ou non⁷³.

applicable to offences punishable on summary conviction apply with the necessary changes to proceedings to which this Act applies »; Nouvelle-Écosse : *Summary Proceedings Act*, R.S.N.S. 1989, c. 450, art. 7(1) : « Except where and to the extent that it is otherwise specially enacted, the provisions of the *Criminal Code* (Canada), except section 734.2, as amended or re-enacted from time to time, applicable to offences punishable on summary conviction, whether those provisions are procedural or substantive and including provisions which impose additional penalties and liabilities, apply, *mutatis mutandis*, to every proceeding under this Act. »

71. *Provincial Offences Act*, S.N.L. 1995, c. P-31.1.

72. Colombie-Britannique : *Offence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 338, art. 133; Nunavut : *Loi sur les poursuites par procédure sommaire*, L.R.T.N.-O. (NU) 1988, c. S-15, art. 2 (1); Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur les poursuites par procédure sommaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. S-15, art. 2 (1).

73. Cette interprétation semble appuyée par l'affaire *R. v. 0721464 BC Ltd. and Buchanan*, 2011 BCPC 0090, où la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a observé que l'accusé devait répondre à des chefs

Par contre, au Manitoba et en Saskatchewan, bien que des lois sur les poursuites par procédure sommaire soient toujours en vigueur, puisque ces dernières n'intègrent en droit pénal provincial que certaines parties et des articles spécifiques du *Code criminel*⁷⁴, sauf les articles 22.1 et 22.2, la théorie de l'identification semble toujours s'appliquer dans le cas des infractions réglementaires de *mens rea*.

Les régimes relatifs à la responsabilité pénale des organisations ou des personnes morales applicables dans chaque province et territoire peuvent donc être résumés comme le montre le tableau ci-dessous.

Province ou territoire	Régime applicable
Alberta	<i>Code criminel</i>
Colombie-Britannique	<i>Code criminel</i>
Île-du-Prince-Édouard	<i>Code criminel</i>
Manitoba	Théorie de l'identification
Nouveau-Brunswick	Théorie de l'identification
Nouvelle-Écosse	<i>Code criminel</i>
Nunavut	<i>Code criminel</i>
Ontario	Théorie de l'identification
Québec	Théorie de l'identification
Saskatchewan	Théorie de l'identification
Terre-Neuve-et-Labrador	<i>Code criminel</i>
Territoires du Nord-Ouest	<i>Code criminel</i>
Yukon	<i>Code criminel</i>

d'accusation pour des infractions provinciales en tant que participant à celles-ci en vertu de l'article 21 C.cr., une disposition qui s'applique tant aux infractions punissables par voie de procédure sommaire qu'à celles qui sont punissables par acte d'accusation et qui établit des modes de participation aux infractions, tout comme les articles 22.1 et 22.2 C.cr.

74. Manitoba : *Loi sur les poursuites sommaires*, C.P.L.M., c. S230, art. 3; Saskatchewan : *The Summary Offences Procedure Act*, 1990, S.S. 1990-91, c. S-63.1, art. 4.

III. La portée des concepts relatifs à l'imputation de la responsabilité criminelle

A. La notion d'organisation

Pour les infractions criminelles commises après l'intervention législative de 2004, il est désormais plus approprié de parler de responsabilité criminelle des « organisations » plutôt que des « personnes morales ». En effet, l'une des innovations de la codification a été d'élargir ou, du moins, de clarifier les catégories de personnes et d'associations pouvant être condamnées en raison d'actes ou d'omissions de leurs cadres supérieurs par l'ajout de la définition d'« organisation » au *Code criminel*. Comme l'indique le résumé législatif du projet de loi n° C-45, ce dernier a étendu « la notion de responsabilité pénale à une vaste gamme d'entités qui structurent et incarnent les activités collectives et les intérêts collectifs des individus qui s'associent⁷⁵ ».

Le concept d'organisation, tel que le définit le *Code criminel*, comprend deux volets que nous analyserons séparément.

1. Le premier volet de la définition

D'abord, le concept d'organisation englobe tout « corps constitué, personne morale, société, compagnie, société de personnes, entreprise, syndicat professionnel ou municipalité ». Cette première partie de la définition donnée par l'article 2 C.cr. inclut la plupart des corps constitués ou non constitués en personne morale reconnus en droit privé, en droit des sociétés, en droit de l'emploi et même en droit municipal.

75. Voir aussi DIVISION DU DROIT ET GOUVERNEMENT, *Projet de loi C-45 : Loi modifiant le Code criminel (Responsabilité pénale des organisations)*, résumé législatif, Ottawa, Gouvernement du Canada, 3 juillet 2003, p. 10, en ligne : <http://www.bdp.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/2/c45-f.pdf> (15 août 2017).

La théorie de l'identification semble plus restreinte, car elle vise principalement les personnes morales au sens propre, c'est-à-dire les entités constituées disposant d'une personnalité juridique distincte de celle de leurs administrateurs, dirigeants, employés, actionnaires ou membres. En effet, la Cour suprême a déclaré que la doctrine de l'identification ne saurait s'appliquer aux personnes physiques⁷⁶ et les jugements clés en la matière emploient presque systématiquement l'expression « personne morale ». D'ailleurs, la Cour d'appel du Manitoba a déterminé, dans un arrêt de 2004, qu'une entreprise individuelle (soit un individu faisant affaire en sa capacité personnelle sous un nom d'entreprise immatriculé) ne pouvait être l'objet d'une poursuite pénale, car ce n'est pas une entité juridique ou une personne morale⁷⁷. Cela dit, dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*⁷⁸, prononcé en 1992, la Cour suprême avait estimé qu'une association non constituée en personne morale, soit un syndicat, pouvait être reconnue coupable de l'infraction de common law d'outrage criminel, étant donné sa capacité juridique d'ester en justice⁷⁹. Toutefois, elle n'a pas appliqué ni mentionné la théorie de l'identification dans son jugement. Il n'est donc pas évident que la théorie de l'identification puisse être appliquée aux entreprises individuelles, associations non dotées de la personnalité morale et autres entités ne possédant pas de personnalité juridique distincte, de patrimoine distinct ou de capacité juridique reconnue par la loi.

Selon la définition d'« organisation » énoncée à l'article 2 C.cr., il ne fait aucun doute que de tels éléments ne sont pas des critères ou des facteurs à retenir pour qu'une entité puisse être déclarée criminellement responsable. Par exemple, dans le cas des

76. *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217.

77. *R. v. AFC Soccer*, 2004 MBCA 73.

78. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

79. *Id.*, p. 927-929.

sociétés de personnes du droit civil ou de la common law⁸⁰, une condamnation engagerait vraisemblablement la responsabilité personnelle des associés ou des commandités. De plus, le terme « entreprise » devrait englober les entreprises individuelles non constituées qui sont exploitées par un seul individu⁸¹, lequel pourrait se voir déclarer coupable personnellement, contrairement à la théorie de l'identification, qui ne permet pas d'attribuer une responsabilité criminelle à une personne physique⁸².

Or, poursuivre et condamner une entité qui ne possède pas un patrimoine distinct de celui de ses membres selon la loi pourrait présenter certains obstacles en pratique. En effet, si une telle organisation était condamnée, qui devrait être responsable du paiement de l'amende et comment celle-ci devrait-elle être répartie? Devrait-on condamner l'ensemble de ses membres personnellement à égalité de parts ou seulement sa « haute direction »? Les individus condamnés devraient-ils être responsables conjointement ou solidairement du paiement de l'amende?

En outre, si un individu est condamné personnellement pour avoir participé à une infraction, puis est subsidiairement accusé en tant que membre de l'organisation pour la même infraction, les règles en matière de *res judicata*, dont la protection contre le double péril garantie par l'alinéa h) de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸³, de même que les garanties légales et de common law telles que la règle à l'encontre des condamnations multiples pour des infractions découlant d'un même acte⁸⁴ et le

80. En droit civil québécois : C.c.Q., art. 2188 al. 2; *Charron c. Drolet*, 2005 QCCA 430, par. 19. En common law : *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, par. 41.

81. Voir l'article 1525 al. 3 C.c.Q. qui pourrait être utile pour la question de savoir si nous sommes en présence d'une « entreprise » au sens de la définition d'« organisation » de l'article 2 C.cr.

82. *R. v. AFC Soccer*, préc., note 77.

83. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après « Charte canadienne »).

84. Cette règle a initialement été consacrée en droit pénal canadien par la Cour suprême dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, puis par la suite précisée aux termes de l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

principe d'autrefois convict, pourraient vraisemblablement entrer en jeu. Par exemple, si le propriétaire d'une entreprise individuelle avait lui-même commis une infraction, ces règles pourraient faire échec à une double condamnation de l'individu personnellement et en sa capacité d'« entreprise individuelle », puisqu'il serait alors question d'une seule et même personne. Il importe toutefois de mentionner que lorsqu'une organisation est constituée en personne morale, même dans le cas d'une société par actions détenue et administrée par une seule personne physique, la règle contre les condamnations multiples ne peut trouver application au bénéfice de l'organisation ou de son *alter ego* car, dans un tel cas, ce sont deux accusés ayant chacun leur propre personnalité juridique⁸⁵.

Dans le cas où un individu agissant au sein d'une entité sans patrimoine propre serait doublement condamné de la sorte malgré les règles découlant de la *res judicata*, le tribunal pourrait néanmoins considérer la peine imposée pour la première condamnation afin de moduler celle qui serait infligée pour la seconde condamnation. En outre, si un associé d'une société de personnes était tenu personnellement responsable du paiement d'une amende sans avoir participé à l'infraction criminelle, des préoccupations pourraient être soulevées sur le plan de la responsabilité du fait d'autrui et de la présomption d'innocence garantie par l'alinéa d) de l'article 11 de la Charte canadienne. Cela dit, il pourrait être argumenté que c'est là un risque inhérent que doivent assumer ceux qui choisissent de se regrouper au sein de telles entités sans personnalité juridique distincte.

Également, des entités qui ne possèdent pas la personnalité juridique⁸⁶, telles que les fiducies et les coentreprises (*joint ventures*)

85. *R. v. Eurosport Auto Co.*, 2007 BCCA 68.

86. En droit civil québécois : *Myers c. House Trust*, 2015 QCCS 885, par. 128-136. En common law ontarienne : *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2010 ONSC 4517, par. 65 (appel rejeté : 2011 ONCA 185); *Foo v. Yakimetz*, [2002] O.J. No. 3958, par. 72 (S.C.J.) (LN/QL).

contractuelles non constituées en société par actions⁸⁷, ne sont pas expressément mentionnées dans la définition d'« organisation ». En ce qui concerne les fiducies, certaines d'entre elles, comme les fiducies commerciales, peuvent gérer des opérations et des entreprises de taille considérable. Pensons notamment aux sociétés de placement immobilier (*real estate investment trust*), lesquelles peuvent être cotées en bourse et gérer plusieurs millions de dollars en actifs immobiliers. Toutefois, le terme « entreprise » listé au premier volet de la définition pourrait vraisemblablement être assez large pour comprendre de telles entités commerciales et permettre d'obtenir, dans le cas des fiducies, une condamnation contre les fiduciaires en leur capacité de fiduciaires⁸⁸. Dans le cas particulier des coentreprises non constituées, celles-ci pourraient sans doute faire partie du second volet de la définition (abordé ci-dessous), soit les associations de personnes, dans la mesure où les trois critères de ce volet sont remplis. Qui plus est, lors des débats parlementaires, M. Paul Harold Macklin, alors secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, indiquait que le terme « organisation » est défini « assez largement pour inclure *tous les grands participants à l'économie*⁸⁹ ». On peut soutenir que cette affirmation reflète la volonté du législateur d'englober dans la définition d'« organisation » de telles entités commerciales, importantes pour l'économie canadienne, même si ces propos doivent être considérés avec prudence, s'agissant de

-
87. De telles entités contractuelles sont notamment utilisées au Canada dans le secteur énergétique et le secteur minier : Brad GRANT, « Joint Ventures in the Canadian Energy Industry », (2012) 50-2 *Alta. L. Rev.* 373, 381-382; Richard E. CLARK et autres, « Investment in the Canadian Resource Sector », (2010) p. 3, en ligne : <https://www.yumpu.com/en/document/view/26747907/investment-in-the-canadian-resource-sector-stikeman-elliott/6> (15 août 2017).
88. La fiducie n'a pas de personnalité juridique, de sorte que tout recours doit être entrepris contre les fiduciaires *ès qualités* : *Myers c. House Trust*, préc., note 86, par. 144; *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, préc., note 86, par. 66.
89. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., 15 septembre 2003, « Initiatives ministérielles. Le Code criminel », p. 7326 (Harold Macklin) (l'italique est de nous).

déceler l'intention du législateur, et qu'ils ne lient pas les tribunaux⁹⁰.

Finalement, nous notons que la définition d'« organisation » ne se limite pas qu'aux entités ayant un dessein lucratif. Voilà une confirmation plutôt qu'une innovation. En effet, même avant 2004, les personnes morales sans but lucratif, notamment celles qui étaient à vocation religieuse, tombaient sous le coup de la théorie de l'identification et pouvaient être condamnées pour les actes criminels perpétrés par les individus qui possédaient une autorité directrice à leur égard⁹¹. Il en est de même pour les syndicats, qui ont été considérés comme ayant la capacité juridique d'être condamnés pour des infractions criminelles avant la codification de 2004⁹². La Cour suprême a également estimé qu'une association politique qui « est un organisme actif, qui embauche du personnel, loue des locaux, reçoit et distribue des fonds et exerce des activités politiques d'ordre général » est une « société » en vertu de l'ancienne définition du terme « personne » énoncée au *Code criminel*⁹³.

2. Le second volet de la définition

L'article 2 C.cr. dispose que « toute association de personnes qui, à la fois : (i) est formée en vue d'atteindre un but commun, (ii) est dotée d'une structure organisationnelle, (iii) se présente au public comme une association de personnes », constitue une « organisation » pouvant faire l'objet d'une condamnation criminelle. Notons qu'il y a disette de jurisprudence pertinente sur ce second volet de la définition et que, par conséquent, les commentaires que nous formulons ici sont d'ordre conjectural.

90. Stéphane BEAULAC et Frédéric BÉRARD, *Précis d'interprétation législative*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2014, p. 270.

91. *R. v. Church of Scientology of Toronto*, 33 O.R. (3d) 65, par. 173-223 (C.A.).

92. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 78.

93. *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 735.

Un auteur observe que les trois critères cumulatifs de la sous-définition d'« association de personnes » sont suffisamment larges pour comprendre les partis politiques, les groupements ou les ordres religieux, les sectes, les clubs sociaux, les bandes indiennes et certains rassemblements publics organisés⁹⁴, pour ne citer que ces exemples. La notion d'association de personnes inclut les groupements dont la loi ne reconnaît pas expressément l'existence, la légitimité ou la capacité juridique. Par exemple, une organisation criminelle pourrait, dans la mesure où celle-ci satisfait aux trois critères mentionnés ci-dessus, vraisemblablement répondre au second volet de la définition. Pensons aussi à un club ou à un groupe existant exclusivement sur le Web et qui est non constitué, dans la mesure où ce dernier vise un quelconque but commun, possède une certaine structure organisationnelle (notamment une hiérarchie et des rôles, des responsabilités et des privilèges définis et attribués à ses membres) et est perçu publiquement comme une association d'individus.

L'expression « structure organisationnelle » devrait par ailleurs supposer l'existence d'une certaine continuité pour qu'un groupe de personnes puisse être qualifié d'organisation au sens du *Code criminel*, tout comme l'expression « mode d'organisation » employée dans la définition d'« organisation criminelle » fait en sorte que « l'existence d'une structure quelconque et d'une certaine continuité⁹⁵ » est nécessaire pour conclure à sa présence. Partant, un groupe de personnes formé aléatoirement pour un seul événement (par exemple, une foule de personnes au moment d'une grève ou d'une émeute) ne serait pas visé par la définition.

B. La notion d'agent

Le *Code criminel* définit l'« agent », comme « tout administrateur, associé, employé, membre, mandataire ou entrepre-

94. Paul DUSOME, « Criminal Liability under Bill C-45: Paradigms, Prosecutors, Predicaments », (2007) 53 *Crim. L.Q.* 99, 121.

95. *R. c. Venneri*, 2012 CSC 33, par. 29.

neur » d'une « organisation »⁹⁶. D'une part, ce terme est employé dans la définition de « cadre supérieur », le concept ayant remplacé la notion d'âme dirigeante de la théorie de l'identification (tout « cadre supérieur » d'une « organisation » est aussi un « agent » de cette dernière). D'autre part, le *Code criminel* recourt à la notion d'agent pour déterminer si une organisation peut être reconnue coupable d'une infraction commise par l'un de ses agents, dans la situation où un cadre supérieur a manqué de façon marquée à la norme de diligence qu'il aurait dû suivre dans les circonstances pour empêcher la participation de l'agent à l'infraction⁹⁷, a incité l'agent à commettre l'*actus reus* de l'infraction⁹⁸ ou n'a pas pris les mesures voulues pour empêcher l'agent de prendre part à l'infraction⁹⁹.

Le concept d'agent englobe non seulement les employés salariés d'une organisation, mais aussi les travailleurs autonomes agissant pour son compte en vertu d'un mandat. Ainsi, la responsabilité criminelle d'une organisation peut être engagée tant par ses employés qui participent à ses activités quotidiennes que par ses entrepreneurs et sous-traitants qui agissent pour son compte dans les limites de mandats généraux ou ponctuels. Or, puisque la notion d'agent est utilisée aux articles 22.1 et 22.2 C.cr. en vue d'imputer la conduite criminelle d'individus à des organisations, on doit conclure que cette notion se limite aux personnes physiques et ne peut comprendre, par exemple, des personnes morales qui agiraient comme mandataires d'une organisation. En outre, selon le principe d'interprétation découlant de la maxime *noscitur a sociis*, un terme dans une énumération doit être compris à la lumière des autres termes employés dans cette dernière¹⁰⁰. En vertu de ce principe, on peut soutenir que les termes « administrateur » et « employé », qui ne peuvent faire référence qu'à des personnes physiques, ont pour effet de restreindre la généralité des autres termes employés dans la définition d'agent », de sorte

96. Art. 2 C.cr.

97. Art. 22.1 al. b) C.cr.

98. Art. 22.2 al. b) C.cr.

99. Art. 22.2 al. c) C.cr.

100. S. BEAULAC et F. BÉRARD, préc., note 90, p. 140-141.

qu'on peut conclure que seuls les individus sont visés par celle-ci. Une personne morale ou une association de personnes qui est réputée avoir participé à une infraction en vertu des articles 22.1 ou 22.2 ne pourrait donc vraisemblablement pas engager la responsabilité criminelle d'une organisation pour laquelle elle a agi comme mandataire ou entrepreneur, les dispositions du *Code criminel* ne semblant viser que les actes et les omissions physiques et réelles d'agents ou de cadres supérieurs.

L'absence d'un mandat écrit, d'un contrat d'emploi ou d'une résolution ne devrait pas en soi faire échec à la qualification d'un individu en tant qu'agent. Selon toute probabilité, un tribunal s'attacherait aux circonstances réelles, soit les fonctions et les responsabilités exercées par un individu dans les faits, plutôt qu'au titre qui lui aurait été attribué, pour déterminer s'il agissait comme « agent » d'une organisation. D'ailleurs, selon la théorie de l'identification, les tribunaux ont centré leur analyse sur la réelle « délégation expresse ou implicite de l'autorité directrice pour concevoir les politiques de la compagnie et en surveiller la mise en œuvre¹⁰¹ » plutôt que sur des formalités internes à la société ou d'ordre contractuel.

Ainsi, les administrateurs et les dirigeants *de facto* de personnes morales¹⁰², quoique aucune résolution n'ait été adoptée par les actionnaires, membres ou dirigeants de ces dernières (selon le cas), qu'ils ne soient pas autrement nommés dans les documents internes de la personne morale ou qu'ils ne soient pas inscrits sur les registres publics, pourraient néanmoins être caractérisés comme des agents de celles-ci¹⁰³. Les résolutions et les documents internes de la personne morale, ainsi que les informations affichées aux registres publics, peuvent être des indices probants de la

101. *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, préc., note 37.

102. En ce qui concerne les lois sur les sociétés par actions, les tribunaux ont considéré que tant les administrateurs *de facto* que les administrateurs *de jure* sont visés par celles-ci et qu'ils sont soumis aux mêmes responsabilités : P. MARTEL, préc., note 15, n° 21-67 à 21-69.

103. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 152.

charge exercée par un individu, mais ils ne sont pas déterminants en tant que tels quant à la qualification de ce dernier à titre d'agent¹⁰⁴.

En ce qui concerne les mandataires et les employés, l'inclusion d'une clause standard (*boilerplate*) dans un contrat stipulant que les parties conviennent qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre, ou encore qu'il n'existe pas de relation de mandataire-mandant ou employeur-employé entre elles, ne pourrait, de par sa nature, faire échec à la responsabilité criminelle d'une organisation qui serait partie à un tel contrat. En effet, le tribunal n'est pas lié par la qualité que se donnent les parties dans un contrat ni par la manière dont elles caractérisent ce dernier; la véritable relation entre les parties dans les faits est le facteur déterminant¹⁰⁵. Autrement dit, le tribunal a le dernier mot quant à la question de savoir s'il existe, en réalité, un mandat ou un contrat d'emploi implicite permettant de conclure qu'une partie agissait en tant que mandataire d'une organisation en vertu du *Code criminel*, et ce, malgré toute disposition en sens contraire dans un contrat. Bien qu'elle soit non décisive, la présence d'une telle clause dans un contrat pourra néanmoins avoir une certaine force probante si elle correspond à la réalité révélée par la preuve. Il serait en outre loisible aux organisations de limiter la portée du mandat des tiers mandataires avec qui elles font affaire afin d'atténuer les risques de responsabilité criminelle lorsque ces derniers agissent en dehors de leurs attributions¹⁰⁶.

104. *Id.*

105. En common law civile, les tribunaux ont estimé que des dispositions indiquant que les parties sont des « entrepreneurs indépendants », pour éviter les obligations et les responsabilités découlant de la qualification de leur relation en tant que mandat, contrat d'emploi ou coentreprise, ne sont pas déterminantes et qu'il fallait notamment examiner les faits et les circonstances afin de décider si une partie était réellement un « entrepreneur » indépendant : Cynthia L. ELDERKIN et Julia S. SHIN DOI, *Behind And Beyond Boilerplate: Drafting Commercial Agreements*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2011, p. 339-340.

106. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 142; Todd ARCHIBALD, Ken JULL et Kent ROACH, « Critical Developments in Corporate

C. La notion de cadre supérieur

Le concept de cadre supérieur du *Code criminel* a essentiellement remplacé le paradigme de l'âme dirigeante de la doctrine de l'identification. Selon l'article 2 C.cr., un « cadre supérieur » correspond à tout « agent » d'une organisation « jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations » de cette dernière « ou assurant la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci ». De plus, aux termes de la même disposition, lorsque l'organisation est une personne morale, l'administrateur, le premier dirigeant et le directeur financier sont réputés être des cadres supérieurs de cette dernière.

La définition du *Code criminel* ne correspond pas nécessairement au sens courant de l'expression « cadre supérieur », à la définition des dictionnaires¹⁰⁷ ou au sens qui lui a été donné dans d'autres domaines du droit¹⁰⁸, lesquels ont tendance, en raison du terme « supérieur », à limiter cette expression aux membres de la haute direction et à exclure les cadres de « niveau intermédiaire » ou de « premier niveau », se rapprochant ainsi de la notion d'âme dirigeante de la théorie de l'identification. La présence du terme *means* dans sa version anglaise et l'absence de termes tels que

Criminal Liability: Senior Officers, Wilful Blindness, and Agents in Foreign Jurisdictions », (2013) 60 *Crim. L.Q.* 92, 114.

107. Voir l'OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Ibid_Fiche=8402009 (15 août 2017), qui définit l'expression « cadre supérieur » comme suit : « Cadre qui est membre de la haute direction d'un organisme ou d'une entreprise et qui dépend directement du conseil d'administration, ou d'une autre autorité, tout en ayant un ou des cadres intermédiaires sous sa responsabilité. »
108. Par exemple, en ce qui concerne la *Loi sur les normes du travail*, la Cour d'appel du Québec a estimé que « le cadre supérieur est celui qui participe à l'élaboration des politiques de gestion et à la planification stratégique de l'entreprise » et qu'« [i]l doit avoir un grand pouvoir décisionnel et non simplement coordonner les activités de l'entreprise ou appliquer les politiques de gestion élaborées par la haute direction » : *Commission des normes du travail c. Beaulieu*, 2001 CanLII 20647 (QC C.A.), par. 24.

« notamment » ou « comprend » dans la définition en français nous laissent croire que cette dernière est exhaustive¹⁰⁹. Ainsi, on ne peut, par le sens courant de l'expression « cadre supérieur » ou par le sens qui lui est attribué dans d'autres domaines du droit¹¹⁰, venir moduler le sens ou la portée de la définition édictée dans le *Code criminel*. C'est la conclusion à laquelle est parvenue la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *R. c. Pétroles Global inc.*, au terme de laquelle cette cour a précisé que « la définition est complète en elle-même et suffisante¹¹¹ ».

Aussi, comme l'indique la professeure Ruth Sullivan dans son ouvrage sur l'interprétation des lois, lorsqu'une loi vient modifier la common law, les tribunaux font preuve de prudence afin de ne pas compromettre l'objet du législateur par la réintroduction de principes de common law¹¹². Le jugement rendu dans l'affaire *Pétroles Global* illustre bien ces propos. Dans cette dernière, la défense soutenait notamment que, en raison de l'emploi du terme « supérieur », le législateur ne parlant pas pour ne rien dire, un agent doit détenir une « grande autonomie décisionnelle » au sein de l'organisation pour pouvoir être qualifié de cadre supérieur¹¹³. Le juge Tôth a rejeté cette position, étant d'avis que cela reviendrait à réintroduire le concept d'âme dirigeante de la common law dont le législateur souhaitait se distancier¹¹⁴. Bref, il faut se concentrer sur les termes employés par le législateur dans sa définition du paradigme du cadre supérieur afin d'en établir la portée.

109. S. BEAULAC et F. BÉRARD, préc., note 90, p. 65.

110. Dans l'affaire *Pétroles Global*, préc., note 9, par. 186, le juge Tôth a affirmé qu'il est « hasardeux de recourir à la *Loi sur les normes du travail* », notamment au motif que « le *Code criminel* et la *Loi sur les normes du travail* relèvent de deux compétences législatives distinctes et n'ont pas le même objet ».

111. *Id.*, par. 183-184.

112. Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, p. 546.

113. Affaire *Pétroles Global*, préc., note 9, par. 170-171.

114. *Id.*, par. 183.

Comme l'a indiqué le juge Tôth dans l'affaire *Pétroles Global*, la question de savoir si un individu est un cadre supérieur constitue « une question de fait qui nécessite l'examen, à travers toute la preuve présentée, de la structure organisationnelle et de l'ensemble des activités de la corporation¹¹⁵ » et suppose « l'examen minutieux des fonctions et responsabilités de l'agent dans l'organisation[,] et ce, bien au-delà du titre de l'employé, des organigrammes de l'organisation ou du cloisonnement des fonctions de gestion¹¹⁶ ».

Puisque la définition de « cadre supérieur » comprend trois volets distincts, il convient de les traiter séparément.

1. L'agent jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations

Le premier volet de la définition de « cadre supérieur » constitue essentiellement une forme étendue de la notion d'âme dirigeante élaborée par la théorie de l'identification. Alors qu'en vertu de cette dernière le facteur clé pour déterminer si l'agent d'une personne morale est une âme dirigeante consiste en la « capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale¹¹⁷ », le premier volet de la définition de « cadre supérieur » concerne un agent qui joue « un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation¹¹⁸ ».

Par conséquent, ce n'est pas uniquement l'individu ayant le dernier mot sur l'adoption des politiques de l'organisation qui peut être en mesure d'engager la responsabilité criminelle de cette dernière, mais aussi ceux qui le conseillent de manière « importante » dans l'adoption de telles politiques¹¹⁹. Par exemple,

115. *Id.*, par. 46.

116. *Id.*, par. 47.

117. *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, préc., note 37.

118. Art. 2 C.cr.

119. Voir les propos du secrétaire parlementaire du ministre de la Justice lors de l'étude du projet de loi n° C-45 dans CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, préc., note 89, p. 7326 : « Au moyen de la définition de cadres supérieurs, nous proposons d'élargir la notion d'âme dirigeante en

le chef des affaires juridiques d'une organisation donnée qui conseille les membres du conseil d'administration d'une organisation et leur fournit des recommandations aux aspects juridiques découlant de l'adoption de certaines décisions vitales pourrait vraisemblablement jouer un « rôle important » dans les orientations de celle-ci au sens du *Code criminel*.

Puisque le concept d'âme dirigeante n'a pas été complètement rejeté par le législateur, plusieurs règles établies en common law devraient demeurer applicables, et ce, malgré l'intervention législative. En effet, comme l'indiquent des auteurs, « la majorité des principes développés par la Cour suprême s'appliquent *mutatis mutandis* pour ce premier volet de la définition de 'cadre supérieur' », dont « [l]es principes voulant qu'il puisse y avoir plus d'une âme dirigeante dans plusieurs territoires et secteurs de l'organisation, que l'âme dirigeante n'inclue pas que la haute direction et les membres du conseil d'administration et que le pouvoir d'élaborer des politiques puisse être délégué¹²⁰ ».

2. L'agent assurant la gestion d'un important domaine d'activités

Le deuxième volet de la définition de « cadre supérieur » constitue la véritable manifestation de l'élargissement de la responsabilité criminelle des organisations au Canada et du désir du législateur de s'éloigner de la nécessité de superposition d'intention prescrite par la théorie de l'identification¹²¹. Pour ce deuxième volet, le degré de connexité rationnelle entre les actes et les omissions des individus agissant pour le compte de l'organisation et cette dernière est plus faible que pour le premier, lequel se rapproche davantage du paradigme de l'âme dirigeante. En qualifiant de cadres supérieurs les agents qui assurent la

englobant ceux qui seraient déjà considérés de la sorte, *les personnes qui ont un rôle important dans la formulation de la politique au lieu d'avoir le pouvoir ultime de l'adopter* » (l'italique est de nous).

120. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 144.

121. Affaire *Pétroles Global*, préc., note 9, par. 44.

gestion d'un important domaine d'activités, ce volet étend les catégories de personnes pouvant engager la responsabilité criminelle des organisations au-delà de leur haute direction et des personnes participant à l'élaboration de leurs politiques. Ainsi, le législateur s'éloigne du sens ordinaire de l'expression « cadre supérieur » en permettant d'y inclure certains cadres que l'on pourrait qualifier de niveau « intermédiaire » dans le sens courant de ce terme¹²², ou comme l'a illustré la Cour supérieure du Québec, « [o]n veut sortir de la salle du conseil d'administration et descendre sur le plancher de l'usine¹²³ ».

L'arrêt *R. v. Metron Construction Corporation*¹²⁴ de la Cour d'appel de l'Ontario démontre bien cette observation. Dans ce cas précis, Metron Construction Corporation avait plaidé coupable, en première instance, de négligence criminelle ayant causé la mort de quatre personnes à la suite de la chute d'un échafaudage en hauteur du fait de lacunes importantes en matière de sécurité (en vertu de l'article 22.1 C.cr.). En *obiter*, la Cour d'appel de l'Ontario a observé que l'un des superviseurs de travaux de l'organisation condamnée, engagé par un gestionnaire de projet agissant pour le compte de cette dernière, était un cadre supérieur de l'organisation¹²⁵. En vertu de la théorie de l'identification, il appert qu'une condamnation de Metron Construction Corporation aurait été difficile à obtenir, puisque le superviseur de travaux n'était probablement pas une âme dirigeante de celle-ci. En effet, celui-ci ne possédait vraisemblablement pas une autorité directrice lui permettant d'adopter des politiques applicables à la société, ses fonctions semblant alors être limitées à la surveillance immédiate

122. Les débats parlementaires semblent d'ailleurs étayer cette affirmation dans CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, préc., note 89, p. 7326 : « l'intention coupable d'un cadre *intermédiaire* devrait être considérée comme l'intention coupable de la société même. Ainsi, le gestionnaire d'un secteur comme les ventes, la sécurité ou la commercialisation et le gestionnaire d'une entité de l'entreprise comme une région, un magasin ou une usine pourraient être considérés comme des cadres supérieurs par les tribunaux » (l'italique est de nous).

123. *Affaire Pétroles Global*, préc., note 9, par. 42.

124. *R. v. Metron Construction Corporation*, préc., note 55.

125. *Id.*, par. 29.

des travaux et à la sécurité des employés se trouvant avec lui sur la plateforme. Bien qu'elle n'ait pas précisé ses propos, la Cour a sans doute estimé que le superviseur de travaux assurait la gestion d'un important domaine d'activités au sens du deuxième volet de la définition de « cadre supérieur ».

Or, l'emploi du qualificatif « important », terme intrinsèquement imprécis, rend relativement incertaine la portée du deuxième volet de la définition. Une problématique similaire existe eu égard au premier volet de la définition pour le « rôle important » joué par un agent dans l'élaboration des orientations d'une organisation. L'expression « important domaine d'activités » ne doit probablement pas s'interpréter en fonction de l'importance subjective pour une organisation d'un domaine d'activités qu'elle choisit d'exploiter car, logiquement, une organisation dont la direction est rationnelle ne devrait pas poursuivre des activités qui ne sont pas importantes à ses yeux¹²⁶. La notion doit plutôt être appliquée selon des facteurs objectifs pouvant être évalués par le tribunal à la lumière de la preuve, tels que la taille de l'organisation, son nombre d'employés, la portée territoriale de ses activités et son intérêt économique dans le domaine d'activités géré par son agent. De tels facteurs doivent être considérés en fonction de la structure et des activités particulières de l'organisation et des autres faits pertinents de chaque cas d'espèce, plutôt que dans l'abstrait¹²⁷.

Ainsi, dans l'affaire *Pétroles Global*, pour conclure que le directeur général de l'entreprise était un « cadre supérieur » au sens du deuxième volet de la définition, la Cour supérieure du Québec a notamment considéré le fait que ce dernier gérât « plus de 200 stations-service, grosso modo les deux tiers du réseau de Global » et qu'il « supervisait six gestionnaires de territoire¹²⁸ ». La Cour supérieure a également pris en considération, en plus de l'importance du domaine d'activités géré par le directeur général,

126. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 147.

127. Affaire *Pétroles Global*, préc., note 9, par. 46.

128. *Id.*, par. 202.

l'importance des pouvoirs de gestion qui lui avaient été attribués par l'organisation. En effet, le juge Tôth a fait état des « importants pouvoirs opérationnels¹²⁹ » délégués à ce dernier, dont le fait que « [t]oute dépense de plus de 1 000 \$ était approuvée par Payette avant de faire l'objet d'un paiement par le siège social sur sa recommandation¹³⁰ ». Pour reprendre les mots de la Cour, un « examen minutieux des fonctions et responsabilités¹³¹ » de l'agent est nécessaire pour déterminer si ce dernier exerçait une véritable gestion dans un domaine d'activités important. L'emploi des termes « assurant la gestion d'un important domaine d'activités » dans la définition semble supposer que l'agent doit avoir le pouvoir de gérer une partie non négligeable d'un tel domaine¹³².

Dans l'arrêt *R. v. Metron Construction Corporation*, le superviseur assurait la gestion immédiate d'un site de travaux parmi d'autres au sein de l'organisation¹³³. Ce dernier agissait sous la supervision d'un gestionnaire de projet, lui-même engagé par la direction de l'organisation¹³⁴. L'importance économique et territoriale des activités qu'il gérât était, en apparence, limitée. Il faut croire que c'est plutôt sur le plan de la sécurité au travail que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que celui-ci gérât un « important domaine d'activités ». En effet, c'est peut-être relativement aux conséquences possiblement désastreuses d'une gestion négligente des mesures de sécurité au travail que la Cour d'appel a dégagé un autre type d'importance, soit celle qu'il faut attacher aux incidences potentielles d'une gestion négligente d'un domaine d'activités donné¹³⁵.

129. *Id.*, par. 207.

130. *Id.*, par. 208.

131. *Id.*, par. 47.

132. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 144.

133. Au moment de l'incident, la société participait également à trois projets de construction dans le sud de l'Ontario : *R. v. Metron Construction Corporation*, préc., note 55, par. 3.

134. *R. v. Kazenelson*, 2016 ONSC 25, par. 3-4.

135. Sur ce point, *Le grand Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2001, définit notamment le terme « important » comme qualifiant quelque chose « qui a un grand intérêt, des conséquences notables » (nos italiques).

Devant la portée imprécise de la définition, des auteurs ont noté que l'invocation de la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle¹³⁶, laquelle découle du droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne, serait difficile, puisque la seule conséquence possible d'une condamnation en vertu des articles 22.1 ou 22.2 C.cr., outre une ordonnance de probation, est une amende¹³⁷. En effet, même si les tribunaux ont permis aux personnes morales de présenter une défense en matière criminelle à une allégation de violation de l'article 7 de la Charte canadienne¹³⁸, sans réelle possibilité d'emprisonnement¹³⁹ et considérant que la définition ne s'applique qu'aux organisations, il est peu probable qu'un tribunal écarte la responsabilité criminelle d'une organisation au motif que la définition de « cadre supérieur » est imprécise au point d'enfreindre la Charte canadienne¹⁴⁰, sans compter que les critères à appliquer pour fonder une allégation d'imprécision sont fort exigeants¹⁴¹.

-
136. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] R.C.S. 606, 643, le juge Gonthier résume la théorie de l'imprécision comme suit : « une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire ».
137. T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 106, 102; P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 148-150.
138. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.
139. Les droits de nature purement économique ne sont pas protégés par l'article 7 de la Charte canadienne, préc., note 83 : *Siemens c. Procureur général du Manitoba*, 2003 CSC 3.
140. T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 106, 102; P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 148-150.
141. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 136, 640, selon la Cour suprême, la théorie impose une « norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique ». Les facteurs établis par la cette dernière le démontrent bien : « la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister » : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 136, 627. Voir aussi P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 148-150.

D'ailleurs, sur ce dernier point, il n'est pas rare que le qualificatif imprécis « important » soit employé dans le corpus législatif canadien. Par exemple, aux termes de la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*¹⁴², le concept de lobbyiste d'organisation est ainsi défini : « toute personne dont l'emploi ou la fonction consiste, *pour une partie importante*, à exercer des activités de lobbyisme pour le compte d'une association ou d'un autre groupement à but non lucratif¹⁴³ » (nos italiques). Dans l'affaire *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Mathieu*¹⁴⁴, l'argument de l'imprécision inconstitutionnelle a été soulevé sans succès devant la Cour du Québec en ce qui a trait à la mise en œuvre de cette définition. Dans ce dossier, deux individus étaient accusés d'avoir exercé des activités de lobbyisme en tant que « lobbyistes d'organisation » auprès d'un titulaire de charge publique sans être inscrits sur le registre de lobbyistes. La Cour du Québec semble avoir rejeté l'application de la théorie de l'imprécision principalement en raison du fait que les contraintes de nature purement économiques, soit relativement à l'exercice d'une profession dans ce cas, ne faisaient pas l'objet de protection en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne¹⁴⁵. De plus, les remarques de la Cour du Québec sur le caractère rigoureux de la norme d'imprécision législative, dont sa conclusion qu'« une certaine généralité de la loi peut être nécessaire, voire essentielle¹⁴⁶ », laissent entendre que celle-ci estimait également que l'expression « pour une partie importante » n'était pas vague au point d'être source d'imprécision inconstitutionnelle au sens de

142. *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, RLRQ, c. T-11.011.

143. *Id.*, art. 3.

144. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Mathieu*, 2011 QCCQ 12594. Cette décision a été citée par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cliche c. Directrice des poursuites criminelles et pénales*, 2017 QCCA 668, par. 11, en appui de son observation que la définition de « lobbyiste d'organisation » est imprécise.

145. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Mathieu*, préc., note 144, par. 132.

146. *Id.*, par. 130.

l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*¹⁴⁷ de la Cour suprême. Il faut toutefois mentionner que cette décision concernait des personnes physiques et a été rendue par un tribunal de première instance à l'occasion de l'application d'une infraction provinciale de responsabilité stricte, soit un contexte passablement différent de celui de la responsabilité criminelle des organisations en vertu du *Code criminel*¹⁴⁸.

Un élément demeure sûr : le second volet de la définition accorde une grande marge de manœuvre au juge pour déterminer les secteurs d'activités dont la gestion permet la caractérisation d'un individu en tant que cadre supérieur. Sur ce point, les auteurs Todd Archibald, Ken Jull et Kent Roach opinent que les tribunaux pourraient, dans les cas où il serait incongru d'attribuer une responsabilité criminelle à une organisation en raison des gestes d'un employé ou d'un gestionnaire de niveau inférieur, interpréter le concept de manière plus restreinte conformément au principe de l'interprétation stricte et téléologique en droit criminel¹⁴⁹.

3. L'administrateur, le premier dirigeant et le directeur financier d'une personne morale

Le troisième volet de la définition de « cadre supérieur » établit une présomption irréfragable que l'administrateur, le premier dirigeant et le directeur financier d'une personne morale sont des cadres supérieurs. Comme nous l'avons expliqué précédemment à propos de la définition d'« agent » du *Code criminel*, les tribunaux devraient tenir compte des fonctions réellement

147. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, préc., note 136.

148. À noter que la « question de l'imprécision ne doit pas être examinée dans l'abstrait, mais plutôt être appréciée dans un contexte interprétatif plus large élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition » : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 47.

149. T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 106, 103.

exercées par un individu au sein d'une organisation, indépendamment de son titre indiqué dans les documents internes de l'organisation ou les registres publics¹⁵⁰. Par exemple, si une personne a été nommée « administrateur » par une personne morale conformément à une résolution de ses membres ou de ses actionnaires, mais n'agit qu'en tant que prête-nom, sans réellement exercer les fonctions d'un administrateur, et ne répond pas autrement aux deux autres volets de la définition de « cadre supérieur », il pourrait être soutenu que cette personne n'est pas un cadre supérieur au sens du *Code criminel*, malgré son titre. À l'inverse, l'administrateur *de facto* d'une personne morale devrait être considéré comme un cadre supérieur en vertu du troisième volet de la définition.

Alors que le législateur a choisi de faire fi de la nécessité d'une personnalité morale distincte en intégrant la définition d'« organisation » au *Code criminel*, on constate que le troisième volet de la définition de « cadre supérieur » n'est applicable qu'aux personnes morales. L'administrateur, le premier dirigeant et le directeur financier d'une organisation qui n'est pas une personne morale, telle qu'une société en nom collectif, ne sont donc pas automatiquement des « cadres supérieurs » en vertu de la troisième partie de la définition, quoique ces derniers répondront probablement aux critères de la première et de la deuxième partie de la définition dans la plupart des cas.

D. Les modes de participation

En vertu de la théorie de l'identification, pour qu'une personne morale puisse être condamnée, l'âme dirigeante doit elle-même être en mesure d'être personnellement reconnue coupable d'avoir commis une infraction criminelle. En effet, la doctrine de l'identification a pour objet d'imputer une responsabilité criminelle personnelle à la personne morale du fait des infractions perpétrées par ses âmes dirigeantes. Conformément au régime instauré en

150. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 152.

2004 dans le *Code criminel*, on parle désormais de « participation » de l'organisation à des infractions criminelles de *mens rea* subjective ou objective. En plus de l'ajout de la définition de « cadre supérieur », plus large que la notion d'âme dirigeante, la réforme a fait en sorte qu'une organisation peut être condamnée même lorsqu'un cadre supérieur n'est pas l'auteur réel de l'infraction ou n'y a pas autrement participé selon les articles 21 ou 22 C.cr., et ce, tant pour les infractions de *mens rea* objective que celles de *mens rea* subjective.

Pour les infractions de négligence, une organisation peut être condamnée sans que la participation d'un cadre supérieur à l'infraction ait à être démontrée lorsque, « d'une part, l'un de ses agents a, dans le cadre de ses attributions, eu une conduite – par action ou omission – qui, prise individuellement ou collectivement avec celle d'autres de ses agents agissant également dans le cadre de leurs attributions, vaut participation à sa perpétration » et que, « d'autre part, le cadre supérieur dont relève le domaine d'activités de l'organisation qui a donné lieu à l'infraction, ou les cadres supérieurs, collectivement, se sont écartés de façon marquée de la norme de diligence qu'il aurait été raisonnable d'adopter, dans les circonstances, pour empêcher la participation à l'infraction »¹⁵¹. Ainsi, la responsabilité criminelle de l'organisation peut être engagée même lorsqu'aucun agent de l'organisation n'a, à lui seul, commis l'*actus reus* de l'infraction de négligence, si deux agents ou plus ont, collectivement, adopté un comportement pouvant constituer une participation à l'infraction selon les articles 21 ou 22 C.cr., pour autant qu'un cadre supérieur (ou encore deux cadres supérieurs ou plus, collectivement) ait fait défaut d'adopter la norme de conduite appropriée selon la situation afin de prévenir la participation à l'infraction. En d'autres termes, pour les infractions de négligence, l'*actus reus* et la *mens rea* n'ont pas à constituer le fait de la même personne : n'importe quel agent peut commettre l'élément matériel et un cadre supérieur fournir l'élément moral pour que l'organisation soit réputée avoir participé à l'infraction. Par exemple, en matière de sécurité au travail, une norme de

151. Art. 22.1 C.cr.

conduite devant être adoptée par certains cadres supérieurs d'une organisation peut être celle qui est prévue à l'article 217.1 C.cr., introduite lors des modifications de 2004, laquelle édicte qu'il « incombe à quiconque dirige l'accomplissement d'un travail ou l'exécution d'une tâche ou est habilité à le faire de prendre les mesures voulues pour éviter qu'il n'en résulte de blessure corporelle pour autrui ».

En ce qui concerne les infractions nécessitant la preuve de la *mens rea* subjective, la responsabilité criminelle peut être attribuée à une organisation par l'un des trois moyens suivants :

- 1) un cadre supérieur participe directement à l'infraction dans l'exercice de ses fonctions¹⁵²;
- 2) un cadre supérieur fait en sorte qu'un ou plusieurs agents de l'organisation commettent l'*actus reus* de l'infraction, dans la mesure où ce cadre supérieur possède la *mens rea* visée par l'infraction et agit dans le cadre de ses fonctions¹⁵³;
- 3) un cadre supérieur omet de prendre les mesures voulues pour empêcher une infraction à laquelle un agent de l'organisation participe ou qui est sur le point d'être commise par ce dernier, dans la mesure où le cadre supérieur est au courant d'une telle participation ou infraction imminente¹⁵⁴.

Contrairement à l'article 22.1 C.cr., l'article 22.2 requiert la preuve de l'intention¹⁵⁵ d'un cadre supérieur, du moins partielle, que l'organisation tire parti de l'infraction. De plus, aucune

152. Art. 22.2 al. a) C.cr.

153. Art. 22.2 al. b) C.cr.

154. Art. 22.2 al. c) C.cr.

155. Selon la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Dredge*, préc., note 5, 713-714, la théorie de l'identification entre en jeu si l'infraction « avait en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la compagnie ». Or, l'article 22.2 C.cr. ne semble s'intéresser qu'au but de l'infraction, soit l'intention du cadre supérieur.

agglomération de la *mens rea* des cadres supérieurs n'est possible pour les infractions de *mens rea* subjective. La seule combinaison d'éléments d'infraction y étant prévue concerne l'*actus reus* des agents et la *mens rea* des cadres supérieurs en vertu de l'alinéa b) de l'article 22.2. En outre, pour ce qui est des alinéas a) et b), le ministère public doit prouver que le cadre supérieur agissait dans les limites de ses fonctions pour établir la culpabilité de l'organisation, tout comme le requiert la théorie de l'identification. Une telle preuve n'est pas nécessaire pour la faute par omission en vertu de l'alinéa c) de l'article 22.2, qui pourrait notamment permettre la condamnation d'une organisation en cas d'aveuglement volontaire d'un cadre supérieur quant au fait qu'un agent de l'organisation participe à une infraction ou est sur le point d'en commettre une¹⁵⁶. L'omission de prendre les « mesures voulues » pour empêcher l'infraction s'apparente, dans une certaine mesure, au moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable applicable aux infractions de responsabilité stricte¹⁵⁷, sous réserve de la nécessité de prouver la connaissance du cadre supérieur de l'*actus reus* de l'agent. En conséquence, la question de savoir si les mesures voulues ont été prises devrait être déterminée en fonction des agissements du cadre supérieur relativement à l'infraction elle-même plutôt que d'un comportement généralement raisonnable¹⁵⁸. L'adoption de politiques en matière de conformité par l'organisation ne devrait pas constituer à elle seule le fait d'avoir pris les « mesures voulues » au sens de l'alinéa c) de l'article 22.2, à moins que ces dernières ne soient efficaces et que le cadre supérieur ne les ait appliquées de manière diligente¹⁵⁹.

156. T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 106, 94.

157. T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 11, 383.

158. On peut établir un parallèle avec la détermination de l'application de la défense de diligence raisonnable pour les infractions de responsabilité stricte, laquelle est centrée sur les agissements de l'accusé relativement à la « perpétration de l'infraction elle-même et non sur une preuve générale d'avoir agi raisonnablement » : Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 602.

159. P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 11, 165.

Bref, les articles 22.1 et 22.2 C.cr. vont plus loin que la théorie de l'identification, car ils permettent d'attribuer la responsabilité criminelle à une organisation dans des cas où un cadre supérieur n'aurait pas commis à lui seul la totalité des éléments d'une infraction donnée. À la lumière de la jonction possible des éléments essentiels d'une infraction aux termes de ces articles, un certain parallèle peut être établi avec la doctrine de la connaissance collective, qui a parfois été appliquée par les tribunaux américains. Selon un auteur, on y trouve une version « très atténuée » de cette doctrine¹⁶⁰. Toutefois, les articles 22.1 et 22.2 ne vont pas aussi loin que le modèle américain de la connaissance collective. En effet, en vertu de ce dernier, on peut condamner une personne morale pour une infraction en considérant que sa connaissance ou son intention correspond à la connaissance ou à l'intention collective de tous ses employés¹⁶¹, alors qu'en matière d'infractions de *mens rea* subjective l'alinéa b) de l'article 22.2 ne permet que la réunion de l'*actus reus* des agents et de la *mens rea* subjective des cadres supérieurs en vue d'attribuer une responsabilité criminelle à l'organisation. En ce qui a trait aux infractions de négligence, l'article 22.1 se rapproche davantage de la doctrine américaine, car il permet de considérer collectivement, d'une part, la conduite de deux agents ou plus pour établir l'*actus reus* et, d'autre part, l'écart marqué à l'égard de la norme de diligence applicable de deux cadres supérieurs ou plus pour fonder la *mens rea* objective. Cependant, cet article nécessite néanmoins la preuve d'une *mens rea* objective collective de la part de cadres supérieurs, alors que la théorie de la connaissance collective permet l'établissement de la *mens rea* par le cumul de la connaissance de tous les employés d'une personne morale, peu importe leur niveau hiérarchique au sein de cette dernière.

160. P. DUSOME, préc., note 94, 125.

161. Benjamin THOMPSON et Andrew YONG, « Corporate Criminal Liability », (2012) 49 *Am. Crim. L. Rev.* 489, 500-501; Joseph S. HALL, « Corporate Criminal Liability Thirteenth Survey of White Collar Crime », (1997) 35 *Am. Crim. L. Rev.* 549, 555; Dan K. WEBB, Steven F. MOLO et James F. HURST, « Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability », (1994) 49-2 *The Business Lawyer* 617, 625.

IV. L'étude de certaines lacunes du régime législatif

Certaines questions importantes relativement à la responsabilité criminelle des organisations n'ont pas été abordées par le législateur lors de la réforme de 2004 et n'ont pas été depuis résolues ni examinées par la common law. La présente partie traite de certaines de ces questions demeurrées en suspens, dont la levée du « voile corporatif » pour engager la responsabilité criminelle des filiales d'une organisation et la responsabilité des successeurs d'une organisation en cas de fusion ou de vente de ses biens. Pour chacun de ces aspects, nous étudierons notamment la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux pourraient ou devraient compléter le régime codifié.

A. La responsabilité des entités juridiques membres d'un même groupe ou la levée du « voile corporatif »

Dans sa réponse au quinzième rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, le gouvernement fédéral avait noté que « les sociétés modernes ont des structures qui ressemblent très peu aux modèles plus simples examinés par les tribunaux qui ont élaboré les principes de common law¹⁶² » et que la théorie de l'identification et son paradigme de l'âme dirigeante ne sont pas adaptés à « la prise de décision dans les sociétés et de la délégation de la responsabilité opérationnelle dans les organisations complexes¹⁶³ ». En effet, la réalité de la structure actuelle des entreprises, particulièrement celles de grande taille ou celles qui exploitent leurs activités sur plus d'un territoire, est qu'elles sont souvent formées non pas d'une seule entité, mais d'une multitude d'entités liées ou filiales distinctes, lesquelles sont constituées pour diverses raisons, notamment pour isoler certaines opérations, protéger des actifs ou des dettes ou encore pour assurer

162. CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 49, sous la rubrique « Le droit pénal et les personnes morales ».

163. *Id.*, sous la rubrique « Résumé ».

l'efficacité sur le plan fiscal¹⁶⁴. Dans de telles structures complexes, il peut être parfois difficile de déterminer au sein de quelle entité un individu exerçait ses fonctions et l'entité qui devrait être tenue criminellement responsable¹⁶⁵. Par ailleurs, dans le domaine du droit privé, certains ont soulevé qu'il serait opportun de réformer le droit de la responsabilité des sociétés par actions pour tenir compte de la réalité de la filialisation et permettre de lever plus facilement le voile corporatif en vue d'obtenir un jugement contre les diverses filiales d'une entreprise¹⁶⁶.

Or, force nous est de constater que, malgré les commentaires du gouvernement sur les limites de la théorie de l'identification en raison des structures complexes des entreprises et malgré son désir de moderniser la responsabilité criminelle des organisations en conséquence, la portée de la définition d'« organisation » est à tout le moins ambiguë en ce qui concerne les filiales. Sous réserve du

-
164. John H. MATHESON, « The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-subsidiary Context », (2008-2009) 87 *N.C.L. Rev.* 1091, 1093-1094; Alexandre GAY, « Les règles entourant la responsabilité des entreprises doivent refléter la nouvelle réalité », *ABC National*, 21 avril 2017, en ligne : <http://www.nationalmagazine.ca/Articles/April-2017/The-law-of-corporate-responsibility-must-reflect-t.aspx> (15 août 2017); Mindy BONOMELLI, « Wholly-owned Subsidiaries: Same but Different », *Lexology*, 8 avril 2014, en ligne : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90cc6c72-de1a-4ba7-91d0-7cd7a798c5ed> (15 août 2017).
165. Comme l'observait le gouvernement fédéral en 2002 dans CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 49, sous la rubrique « Le droit pénal et les personnes morales », « [i]l n'est pas facile de décider qui est la personne morale à des fins de responsabilité criminelle lorsque le siège social de ladite personne morale se trouve dans une ville, qu'elle mène ses opérations partout au monde et qu'elle a diverses succursales qui ont chacune leurs propres succursales et opérations régionales ». Quoique le gouvernement emploie le terme « succursales » dans la version française du texte, des termes plus précis (*subsidiary corporations* et *subsidiaries*, lesquels font généralement référence à des personnes morales distinctes), apparaissent dans la version anglaise.
166. A. GAY, préc., note 164. Voir également Nina A. MENDELSON, « A Control-based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts », (2002) 102-5 *Colum. L. Rev.* 1203.

volet de l'« association de personnes » de la définition d'« organisation », le *Code criminel* ne semble s'intéresser qu'à l'attribution de la responsabilité criminelle aux entités seules, et cette dernière ne s'étend pas, à première vue, aux entités qui pourraient exercer un contrôle *de jure* ou *de facto* sur celles-ci ou être contrôlées par ces dernières seulement en raison d'un tel contrôle¹⁶⁷.

En effet, il n'y a aucune indication expresse démontrant que le législateur a voulu prévoir la responsabilité des groupements de personnes morales liées par la détention de valeurs mobilières du simple fait de cette dernière. Le *Code criminel* ne prévoit pas précisément des définitions et des dispositions touchant les groupements de personnes morales et autres entités sous un contrôle commun, contrairement à certaines lois, telles que les lois sur les sociétés par actions¹⁶⁸. Le législateur n'a pas fourni de critères ou de facteurs pour déterminer dans quelles circonstances la détention de valeurs mobilières pourrait faire en sorte que deux sociétés par actions ou plus soient réputées former une seule et même « organisation ».

167. Un tel contrôle peut s'exercer notamment par la détention d'une majorité des actions d'une société par actions qui comportent droit de vote permettant d'élire une majorité des administrateurs d'une société par actions ou par des conventions entre actionnaires.

168. Par exemple, l'article 2 (2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, dispose que, pour l'application de cette dernière, « appartiennent au même groupe deux personnes morales dont l'une est filiale de l'autre ou qui sont sous le contrôle de la même personne » et « sont réputées appartenir au même groupe deux personnes morales dont chacune appartient au groupe d'une même personne morale ». Au Québec, la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, définit ainsi le concept de groupement : « toute personne morale, tout groupement de personnes ou tout groupement de biens, incluant, notamment, une organisation, une coentreprise ou une fiducie ».

Autrement dit, contrairement à plusieurs lois¹⁶⁹, le *Code criminel* ne semble pas *a priori* automatiquement permettre le soulèvement du voile corporatif afin d'obtenir, par exemple, la condamnation d'une société par actions détenant la totalité des actions ou des parts d'une autre société, dans le cas où la première pourrait être insolvable, dissoute ou liquidée. Le concept du voile corporatif est principalement un concept de droit civil, mais il a parfois aussi été appliqué en matière pénale sur le fondement des principes établis en matière civile¹⁷⁰. En common law civile, les tribunaux ont généralement été réticents à soulever le voile corporatif¹⁷¹ pour permettre à un demandeur d'obtenir la condamnation d'une société mère pour les actes fautifs commis au sein de l'une de ses filiales, que ce soit en vertu de la théorie de l'*alter ego* ou en vertu du droit du mandat (*law of agency*)¹⁷². Comme l'observe Paul Martel, « [e]n principe, une société-mère et sa filiale à 100 % sont deux entités distinctes, et on ne peut pas dire que la mère est propriétaire des biens de la filiale, ni que la filiale est mandataire de la mère¹⁷³ ». Cet auteur ajoute que « le fait qu'il existe une structure corporative complexe entre plusieurs sociétés détenues directement ou indirectement n'est pas, sans plus, un motif de ne pas respecter le voile corporatif de chacune de ces sociétés¹⁷⁴ ». Même si les objectifs et le contexte du droit criminel sont distincts de ceux du droit privé et que la question devrait donc

169. P. MARTEL, préc., note 15, n° 1-98 à 137.3, fournit une liste de dispositions statutaires, notamment dans le corpus législatif québécois et fédéral, permettant le soulèvement du voile corporatif.

170. Voir notamment : *R. v. Eizenga*, 2011 ONCA 113, par. 87; *R. v. Cholach*, 2006 ABPC 304, par. 62-69; *R. v. Beusekom*, 2003 ABPC 158, par. 84-91; *R. v. March*, 181 A.P.R. 256, par. 18 (S.C.J.), 1986 CarswellNfld 208.

171. Dans l'arrêt phare *Salomon v. Salomon*, [1897] A.C. 22, la Chambre des Lords a reconnu le principe de la personnalité juridique distincte des sociétés par actions.

172. F. Paul MORRISON et Hovsep AFARIAN, « Piercing the Corporate Veil: A Canadian Perspective », 9 avril 2015, en ligne : <https://app.pelorous.com/media_manager/public/260/Piercing%20the%20Corporate%20Veil%20F%20P%20M.pdf> (15 août 2017).

173. P. MARTEL, préc., note 15, n° 1-183.

174. *Id.*, n° 1-190.2.

être analysée en fonction du droit criminel¹⁷⁵, il ne serait pas surprenant de voir la réticence des tribunaux à soulever le voile corporatif être transposée, dans une certaine mesure, en matière de responsabilité criminelle des organisations.

Une telle réticence à lever le voile corporatif par le truchement de la définition d'« organisation » du *Code criminel* semble d'ailleurs exister, dans une certaine mesure, en procédure criminelle. Dans l'affaire *R. v. Sinopec Shanghai Engineering Company Ltd.*¹⁷⁶, la Cour provinciale de l'Alberta a interprété la définition du terme « organisation » conformément à l'article 2 C.cr. dans le contexte où une organisation accusée contestait la validité d'une sommation en vertu de l'article 703.2 C.cr. Cette sommation avait été signifiée à la filiale canadienne d'une autre société par actions. Le poursuivant argumentait notamment que la filiale canadienne, entité juridique distincte de la société mère, constituait une « succursale » de la société mère au sens de l'alinéa b) de l'article 703.2. La Cour provinciale a estimé que la notion d'organisation au sens du *Code criminel* ne comprenait pas les entités juridiques distinctes faisant partie d'un même groupe et a ajouté qu'elle était d'avis que « rien dans l'aspect d'une relation parent-filiale, d'un nom similaire ou d'une entreprise similaire » ne faisait en sorte que les deux sociétés par actions en cause pouvaient

175. Dans l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, 976-985, la Cour suprême a estimé que « les tribunaux ne devraient pas, dans les affaires de vol, considérer les renseignements confidentiels comme des biens », compte tenu des buts et du contexte du droit criminel, qui sont distincts de ceux du droit civil. Elle a notamment observé que, « même si les renseignements confidentiels devaient être assimilés à des biens aux fins du droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seraient des biens en droit criminel [...] et que [...] c'est en fonction du droit criminel que doit être tranchée la question de savoir si les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du *Code criminel* ».

176. *R. v. Sinopec Shanghai Engineering Company Ltd.*, 2010 ABPC 106. Cette décision a été infirmée en appel (*Alberta v. Sinopec Shanghai Engineering Co.*, 2011 ABQB 170, et *Alberta v. Sinopec Shanghai Engineering Co.*, 2011 ABCA 331), mais pour des motifs non liés aux commentaires du tribunal de première instance sur la notion d'organisation du *Code criminel*.

être considérées comme une seule et même organisation¹⁷⁷ (notre traduction). En outre, en réponse à l'affirmation de la Couronne selon laquelle le droit criminel n'est pas touché par le concept du voile corporatif, la Cour provinciale a écrit que l'on pourrait penser que, « si le Parlement avait voulu qu'une société filiale soit considérée comme une succursale de sa société mère, il l'aurait expressément prévu¹⁷⁸ » (notre traduction).

Une interprétation restrictive des notions de personne et d'organisation a aussi été adoptée par la Cour provinciale de l'Alberta dans une décision relative à la validité d'une ordonnance de communication dans l'affaire *R. v. TD Bank Financial Group*¹⁷⁹. Dans cette dernière, la Cour provinciale de l'Alberta avait rendu une ordonnance de communication en vertu de l'ancien article 487.012 C.cr. à l'endroit de « TD Bank Financial Group, a corporate body » selon la croyance erronée que cette dernière constituait une personne morale. En fait, l'appellation « TD Bank Financial Group » était une marque de commerce utilisée pour faire référence à la Banque Toronto-Dominion (personne morale constituée en vertu de la *Loi sur les banques*¹⁸⁰) et aux filiales de cette dernière¹⁸¹. La Cour provinciale a estimé que, même en retirant les termes « a corporate body », l'expression « TD Bank Financial Group » demeurerait une marque de commerce ne répondant pas à la définition de « personne » établie à l'article 2 C.cr. (laquelle inclut les organisations) et ne pouvait donc faire l'objet d'une ordonnance de communication¹⁸² et la Cour provinciale a invalidé celle qui avait été rendue en l'espèce.

Cela dit, l'incidence des deux jugements précités est relativement limitée, car ils ont été prononcés en première instance par une cour provinciale sur des questions d'ordre strictement procédural.

177. *Id.*, par. 82.

178. *Id.*, par. 83.

179. *R. v. TD Bank Financial Group*, 2008 ABPC 316.

180. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

181. *R. v. TD Bank Financial Group*, préc., note 179, par. 8, 43 et 47.

182. *Id.*, par. 49.

On peut aussi se demander si le second volet de la définition d'« organisation », soit le concept d'association de personnes, pourrait permettre d'attribuer une responsabilité criminelle à un groupe d'organisations liées par la détention de valeurs mobilières. En effet, le *Code criminel* énonce que l'expression « quiconque, individu, personne et propriétaire » comprend notamment les organisations¹⁸³. La définition d'« organisation » est donc en quelque sorte circulaire, car cette dernière peut vraisemblablement inclure une association d'organisations qui, selon l'article 2 C.cr., « (i) est formée en vue d'atteindre un but commun, (ii) est dotée d'une structure organisationnelle [et] (iii) se présente au public comme une association de personnes ».

Il appert que le critère selon lequel l'association de personnes est « formée en vue d'atteindre un but commun » pourrait être utilisé pour faire échec à la qualification en tant qu'« organisation » d'un groupement de personnes morales liées par la détention de valeurs mobilières lorsque ces dernières exploitent des entreprises distinctes et autonomes, essentiellement administrées de manière indépendante, malgré le pouvoir des actionnaires ultimes de la personne morale mère d'élire la majorité des administrateurs au sein de ses filiales. Dans le cas des multinationales, où les filiales de ces dernières peuvent se livrer concurrence¹⁸⁴, l'existence d'un « but commun », outre celui du profit, pourrait être contestable. Aussi, il semble que, pour obtenir une condamnation à l'encontre d'un groupement d'organisations, le ministère public devrait établir que le cadre supérieur impliqué dans une infraction criminelle au sens des articles 22.1 ou 22.2 C.cr. agissait pour le compte du groupement d'organisations, et non l'une seule de ces dernières.

Ceux qui investissent dans des sociétés par actions en échange de valeurs mobilières délivrées par ces dernières

183. Art. 2 C.cr.

184. Voir Nicholas A. PHELPS et Cris FULLER, « Multinationals, Intracorporate Competition, and Regional Development », (2000) 76-3 *Economic Geography* 224.

s'attendent à ce que leur responsabilité soit limitée à leur mise de fonds. Si l'on admet que ceux-ci peuvent être personnellement mis à l'amende pour des infractions commises au sein d'une société dans laquelle ils détiennent directement ou indirectement des valeurs mobilières, on vient ébranler le principe fondamental de la responsabilité limitée des actionnaires en droit des sociétés¹⁸⁵ en leur imposant essentiellement une responsabilité criminelle sans faute. Évidemment, lorsqu'une société par actions est sanctionnée en matière pénale, la valeur de l'investissement des actionnaires peut indirectement être touchée, ce qui les sanctionne d'une manière indirecte, mais ces derniers ne devraient pas pouvoir être condamnés personnellement pour le paiement de l'amende et ainsi engager une responsabilité plus élevée que leur mise de fonds dans la société. Ainsi, le professeur Martel est d'avis que, même si la notion d'association de personnes devrait être employée pour engager la responsabilité d'une association d'organisations ayant un but commun au sein d'une structure organisationnelle bien définie et se présentant au public comme une telle association, cette notion ne saurait néanmoins être appliquée *erga omnes* pour ignorer les personnalités juridiques distinctes au sein de tout groupe de personnes morales liées et condamner l'ensemble de celles-ci au paiement d'une amende, lorsque le cadre supérieur contrevenant agissait seulement pour l'une d'entre elles.

Peut-être qu'une façon indirecte de soulever le voile corporatif au sein d'une entreprise formée d'un groupe d'entités serait d'invoquer le droit en matière de mandat. En effet, on pourrait avancer que, dans certaines circonstances, un individu qui est l'agent d'une entité A pourrait aussi être un cadre supérieur d'une entité B en raison d'un mandat accordé à cet agent de l'entité A par l'entité B, pour autant que l'agent se qualifie à titre de cadre supérieur de l'entité B au sens du *Code criminel*. Dans une telle situation, par exemple, si l'individu en question participe à une

185. Comme l'indique P. MARTEL, préc., note 15, n° 1-86, « le principe de l'indépendance de la personnalité juridique de la société par actions » constitue la « base même de tout le droit des compagnies » et la responsabilité limitée des actionnaires est « la raison d'être même de la constitution d'une société » (n° 1-241).

infraction au sens de l'article 22.1 C.cr. ou de l'alinéa a) de l'article 22.2, la responsabilité criminelle des deux entités juridiques pourrait, dans certains cas, être engagée.

Finalement, notons que le principe du voile corporatif peut être un argument à double tranchant. En effet, la personnalité juridique distincte des personnes morales a été soulevée avec succès comme argument à l'encontre de l'application de la *res judicata* dans un cas où l'administrateur et actionnaire unique d'une société par actions et cette dernière étaient accusés de la même infraction¹⁸⁶. Ainsi, dans des circonstances où une société mère et sa filiale à part entière sont toutes deux à même d'être accusées d'une infraction de *mens rea* (par exemple, si un cadre supérieur impliqué dans l'infraction agissait pour le compte des deux entités), les accusées auraient de la difficulté à soulever l'application des règles en matière de *res judicata* et à soutenir qu'elles sont une seule et même organisation, puisque celles-ci constituent deux entités ayant des personnalités juridiques distinctes.

B. La responsabilité des successeurs en cas de fusion ou de vente d'actifs

Un autre élément non abordé par les modifications de 2004 est celui de la responsabilité criminelle des organisations en cas de fusion ou de vente d'actifs. En effet, qu'arrive-t-il lorsqu'une organisation pouvant être condamnée en vertu des articles 22.1 ou 22.2 C.cr. cède l'ensemble de ses actifs à une seconde organisation, de sorte que la première devient une « coquille vide » ne pouvant être en mesure de payer une quelconque amende à la suite de sa condamnation, ou que celle-ci fusionne avec une autre organisation?

186. R. v. Eurosport Auto Co., préc., note 85, par. 8.

En ce qui concerne la fusion, quoique le législateur aurait pu être plus explicite, son mutisme n'est pas surprenant, puisque la common law a déjà essentiellement réglé la question. En effet, dans l'arrêt *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*¹⁸⁷, la Cour suprême a estimé que l'entité résultant d'une fusion *de jure* entre deux entités constitue la continuation des entités originales, plutôt qu'une nouvelle entité¹⁸⁸. La Cour suprême devait alors déterminer si une société résultant d'une fusion entre deux sociétés effectuée en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes*¹⁸⁹ pouvait être poursuivie pour des infractions perpétrées par l'une des deux sociétés fusionnées en dérogation à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁹⁰. Le juge Dickson¹⁹¹ a illustré l'effet de la fusion comme suit : « la loi a pour effet de permettre aux compagnies constituantes de subsister dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion, avec toutes leurs forces et leurs faiblesses, leurs qualités et leurs défauts ainsi que leurs péchés, lorsqu'elles sont pécheresses¹⁹² ». Ainsi, la fusion prévue par la loi (*de jure*) n'opère pas absolution des infractions commises par l'une ou l'autre des entités ayant fusionné, et il ne fait pas de doute que, en droit pénal canadien, l'entité issue de la fusion peut être poursuivie et subséquemment condamnée pour de telles infractions¹⁹³. En outre, si une amende a été imposée à une entité avant que celle-ci fusionne avec une autre entité, l'entité résultant de la fusion peut être tenue responsable du paiement de

187. *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 R.C.S. 411.

188. *Id.*, p. 421 : cette comparaison a été proposée pour décrire l'effet de la fusion est celle de « la rivière qui part du confluent de deux cours d'eau ».

189. *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32.

190. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23.

191. Celui-ci était alors juge puîné.

192. *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*, préc., note 187, p. 422.

193. *Id.* Quoique ce jugement ait été rendu par la Cour suprême en vertu des dispositions de l'ancienne *Loi sur les corporations canadiennes*, préc., note 189, il n'appert pas que le raisonnement du plus haut tribunal du pays pourrait être distingué en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, préc., note 168, ou des lois provinciales équivalentes en matière de sociétés par actions. Sur ce point, voir P. MARTEL, préc., note 15, n° 33-130 à 33-131.1.

l'amende¹⁹⁴. Pour les sociétés par actions régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁹⁵, les alinéas d) et f) de l'article 186 de cette dernière prévoient expressément qu'à la date figurant sur le certificat de fusion « aucune atteinte n'est portée aux causes d'actions déjà nées » et que « la société issue de la fusion remplace toute société fusionnante dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées par ou contre celle-ci ». Par ailleurs, tout comme la fusion, la vente des actions d'une organisation n'a aucune incidence sur la responsabilité criminelle de cette dernière, car elle existe toujours à la suite de la vente.

Toutefois, relativement à la vente d'actifs, la jurisprudence canadienne est demeurée silencieuse jusqu'à présent quant à la possibilité de retenir la responsabilité criminelle du « successeur » ayant acheté les actifs d'une organisation au sein de laquelle une infraction a été commise. Bien que cette problématique ne semble pas avoir été traitée en jurisprudence, la question peut revêtir une grande importance pour les praticiens en matière d'opérations d'achat et de vente d'actifs lorsque l'entité dont les actifs pourraient être acquis a potentiellement participé à une infraction criminelle ou lorsque des accusations criminelles ont été portées contre elle.

Aux États-Unis, les tribunaux de certains États ont admis la possibilité que dans des circonstances particulières, une entité ayant acheté les biens d'une autre entité puisse être tenue responsable des dettes de cette dernière et des réclamations présentées contre elle, et ce, même si l'entité acheteuse n'a pas convenu, contractuellement, de prendre en charge les dettes et les réclamations en question¹⁹⁶. Dans ces États, bien que la règle générale demeure que l'acheteur n'est pas responsable des dettes du vendeur et des réclamations à son endroit, même dans le cas où l'acheteur acquiert la totalité ou la quasi-totalité des actifs du vendeur, certaines exceptions existent et font en sorte qu'une telle

194. *R. v. Mercantile Distributing Ltd.*, [1975] 6 W.W.R. 187(B.C. S.C.).

195. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, préc., note 168.

196. *Cooperatieve Centrale Raiffeisen-BoerenleenBank BA (Rabobank International) v. Liebig & Keown LLP*, 2016 ABQB 417, par. 26.

responsabilité puisse être établie. Dans un article publié en 2013, le professeur George W. Kuney fait état des cinq exceptions suivantes à la règle générale de la non-responsabilité des successeurs :

- a) une prise en charge expresse ou implicite du passif dans le contrat d'achat;
- b) le transfert d'actifs à l'acheteur qui a pour objet frauduleux d'échapper à la responsabilité pour les dettes du vendeur;
- c) une opération équivalant à une consolidation ou à une fusion *de facto*;
- d) le fait que l'acheteur est une société par actions qui n'est qu'une simple continuation du vendeur (dans certains États, cela a été élargi pour inclure la continuité de l'entreprise);
- e) l'application de l'exception de la gamme de produits, laquelle impose une responsabilité à un acheteur d'actifs qui a continué la production de la gamme de produits du cédant avec les actifs achetés¹⁹⁷ (notre traduction).

Au Canada, en matière de droit privé, la question de la responsabilité des successeurs (*successor liability*) a été traitée dans au moins un jugement sur le fond¹⁹⁸ et dans quelques jugements dans le contexte de requêtes pour jugement sommaire¹⁹⁹. À la

197. George W. KUNEY, « A Taxonomy and Evaluation of Successor Liability (Revisited) », (2013) *Social Science Research Network* 1, 7 et 8, en ligne : <https://papers.ssrn.com/abstract=2307190> (15 août 2017). Voir également John H. MATHESON, « Successor Liability », (2011) 96 *Min. L. Rev.* 371.

198. *Cominco Ltd. v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1981] B.C.J. No. 1952 (S.C.) (LN/QL). Ce jugement a été infirmé en appel par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*Cominco Ltd. v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1983] B.C.W.L.D. 1280 (C.A.)), mais celle-ci n'a pas traité de la question de la responsabilité des successeurs aux termes de son arrêt. Voir également Wayne D. GRAY, « The Case against Adopting a General Doctrine of Successor Liability », (2012) 53 *Can. Bus. L.J.* 116, 118.

199. Voir notamment: *Coöperatieve Centrale Raiffeisen-BoerenleenBank BA (Rabobank International) v. Liebig & Keown LLP*, préc., note 196; *Troico*

lumière de cette jurisprudence, on constate qu'il n'y a pas de règle générale voulant que l'acheteur des actifs d'une organisation soit responsable des dettes de cette dernière et des réclamations à son endroit, futures ou actuelles, à la suite de l'acquisition²⁰⁰. Généralement, à moins d'avoir expressément convenu de prendre en charge les dettes du vendeur et les réclamations extracontractuelles à l'encontre de celui-ci selon les modalités de la convention d'achat-vente d'actifs, l'acheteur acquiert les actifs libres de celles-ci et ne peut en être tenu responsable²⁰¹. D'ailleurs, dans un appel concernant une requête en rejet sommaire de réclamations en responsabilité extracontractuelle, la Cour du banc de la reine de l'Alberta a récemment commenté que « [l]e droit [...] est clair [...] [l]a doctrine de la responsabilité des successeurs ne s'applique pas en Alberta, et elle ne s'applique pas au Canada²⁰² ».

Or, aux États-Unis, tout comme au Canada, la question de la responsabilité des successeurs en matière criminelle demeure floue²⁰³. Dans le cas où un tribunal canadien viendrait à

Manufacturing Inc. c. Khersonski, 2016 BCPC 104; *Central Sun Mining Inc. v. Vector Engineering Inc.*, 2011 ONSC 1439; *Parlette v. Sokkia Inc.*, [2006] O.J. No. 4085 (S.C.J.) (LN/QL); *Caranci v. Huckerby*, [2004] O.J. No. 1824 (S.C.J.) (LN/QL); *Boehler v. Blaser Jagdwaffen GmbH*, 2000 BCSC 710; *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1998] M.J. No. 396 (Q.B.) (LN/QL); *Western Canadian Place Ltd. v. Con-Force Products Ltd.*, [1998] 1 W.W.R. 527 (Alta. Q.B.); *Suncor Inc. v. Canada Wire & Cable Ltd.*, [1993] 3 W.W.R. 630 (Alta. Q.B.).

200. P. MARTEL, préc., note 15, n° 1-192; Paul BLYSCHAK, « Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law », (2014) 59-3 R.D. McGill 655, 692; W.D. GRAY, préc., note 198, 116; *Cooperatieve Centrale Raiffeisen-BoerenleenBank BA (Rabobank International) v. Liebig & Keown LLP*, préc., note 196, par. 26; *Central Sun Mining Inc. v. Vector Engineering Inc.*, préc., note 199, par. 27.

201. P. BLYSCHAK, préc., note 200, 692.

202. *Cooperatieve Centrale Raiffeisen-BoerenleenBank BA (Rabobank International) v. Liebig & Keown LLP*, préc., note 196, par. 26 (notre traduction).

203. P. BLYSCHAK, préc., note 200, 696, citant Daniel J. GRIMM, « The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and Its Consequences », (2010) 7-1 N.Y.U. J.L. & Bus. 247, 286.

reconnaître la possibilité que l'acheteur des actifs d'une organisation puisse être condamné pour les infractions criminelles commises au bénéfice de cette dernière, pour les raisons exposées ci-après, il semble que les possibilités d'une transposition de la responsabilité criminelle aux successeurs devraient être généralement plus restreintes que celles qui ont été reconnues par les tribunaux américains dans le domaine du droit civil.

L'une des considérations principales de la doctrine de la responsabilité des successeurs en droit civil américain est de faire en sorte que les personnes ayant subi un préjudice ne se voient pas privées de leurs recours lorsque l'entité responsable est vidée de ses biens²⁰⁴. Cette considération s'oppose à l'importance d'assurer le plus de certitude et de clarté possible pour les entreprises lorsque celles-ci prennent part à des opérations commerciales²⁰⁵. Or, la première considération ne trouve pas application en droit criminel, puisqu'en principe celui-ci n'a pas pour objectif d'assurer l'indemnisation des victimes²⁰⁶, alors que c'est le but premier du droit de la responsabilité extracontractuelle²⁰⁷.

De plus, on peut supposer que les objectifs du droit criminel sont en grande partie atteints lorsque les agents de l'organisation ayant personnellement commis l'infraction criminelle sont

204. J.H. MATHESON, préc., note 197, 372-373.

205. *Id.*

206. *Reference re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact Section 498A of the Criminal Code*, [1936] S.C.R. 363, 369; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 EYB2014RES6, n° 1-76. L'article 738 (1) C.cr. prévoit la possibilité pour un tribunal de rendre des ordonnances de dédommagement, mais ces dernières ne peuvent être utilisées comme substitut aux poursuites civiles : *La Reine c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *R. v. Devgan*, 44 O.R. (3d) 161 (C.A.).

207. Gerald Henry Louis FRIDMAN, *The Law of Torts in Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2010, p. 2; John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 10^e éd., Riverwood, Thomson Reuters, 2011, p. 4; J.-L. BEAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 206, EYB2014RES3, n° 1-10 et EYB2014RES6, n° 1-76.

poursuivis et condamnés pour celle-ci, le transfert des actifs de l'organisation au sein de laquelle ils exerçaient leurs fonctions au moment de l'infraction étant sans conséquence sur leur responsabilité personnelle. Dans un article paru en 2014, un auteur américain observe qu'il n'est pas surprenant que les tribunaux fédéraux américains n'aient pas imposé une responsabilité criminelle aux successeurs jusqu'à présent, compte tenu des objectifs différents poursuivis par le droit criminel et le droit civil²⁰⁸. On voit en effet difficilement comment les objectifs de la condamnation en droit criminel, dont ceux de dénonciation, de dissuasion et de réadaptation²⁰⁹, pourraient être atteints par la sanction d'une organisation tierce et innocente pour la simple raison que cette dernière a acquis les actifs d'une autre organisation ayant participé à une infraction au sens des articles 22.1 ou 22.2 C.cr., notamment lorsque l'organisation procédant à l'acquisition n'était pas au fait de l'infraction perpétrée. En ce qui concerne la dissuasion spécifique, une organisation condamnée à la suite de l'acquisition des actifs d'une autre organisation pourrait vraisemblablement être incitée à exercer une vérification diligente plus approfondie dans l'avenir au moment de ses prochaines acquisitions potentielles afin de déterminer si l'organisation dont les actifs pourraient être achetés a participé à une infraction, ce qui lui permettrait ainsi de se retirer du processus d'achat pour éviter de futures condamnations ou d'exiger la mise en place de mécanismes contractuels d'indemnisation en cas de condamnation à la suite de l'acquisition. Or, même si une telle organisation cessionnaire était amenée à exercer une diligence accrue dans ses acquisitions subséquentes, celle-ci ne serait pas nécessairement incitée à prendre davantage de mesures afin d'éviter la perpétration d'infractions, puisque sa condamnation découlerait non pas du comportement de ses propres agents, mais bien de celui des agents de l'organisation cédante dont elle aurait acquis les biens. Un

208. Taylor J. PHILLIPS, « The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act », (2014) 6 (1) *Wm & Mary Business L. Rev.* 89, 128-129.

209. Art. 718 C.cr.

raisonnement similaire peut être appliqué relativement à la dissuasion générale. Pour ce qui est de la réadaptation, on ne peut que réadapter le délinquant (soit l'organisation qui a participé à l'infraction au sens du *Code criminel*)²¹⁰ et non une organisation tierce innocente qui a acheté les actifs d'une organisation délinquante. Enfin, il semblerait étonnant qu'un tribunal dénonce l'acquisition des actifs d'une organisation dont les agents ont commis des infractions par une organisation tierce.

Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que, généralement, les conséquences directes et indirectes d'une condamnation criminelle et le stigmatisme social qui en découlent sont plus graves que ceux qui découlent d'une condamnation en matière civile²¹¹, ce qui devrait moduler dans une certaine mesure l'admission d'une responsabilité des successeurs en droit criminel, le cas échéant.

Ainsi, à la lumière de ce qui précède, la responsabilité des successeurs, si elle est acceptée dans une quelconque mesure par les tribunaux canadiens, devrait avoir une portée qui reflète les caractéristiques spécifiques du droit criminel, et non celles qui ont trait à la responsabilité civile. En d'autres termes, les cinq exceptions précitées appliquées par les tribunaux de certains États américains en matière de droit privé ne devraient pas l'être dans tous les cas en droit criminel. En particulier, il serait difficile de justifier, rationnellement, la mise en œuvre des exceptions a) et e) ci-dessus en droit criminel. En effet, pour ce qui est de l'exception a), on voit mal comment une poursuite criminelle ou une responsabilité criminelle potentielle pourrait être contractuellement cédée à une autre organisation ou volontairement prise en charge par cette dernière. Dans le cas de l'exception e), celle-ci découle de

210. J. HASNAS, *préc.*, note 57, 1340.

211. Comme l'a exprimé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 119 et 120, « [u]n individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques ».

la doctrine de la responsabilité extracontractuelle du fabricant et de « l'«attention particulière» accordée aux préoccupations de politique sous-jacentes relativement aux demandeurs ayant subi un préjudice en raison de produits défectueux après la dissolution d'une société²¹² » (notre traduction). Une telle préoccupation tenant à la protection de la réclamation en dommages de personnes qui ont subi un préjudice en raison de l'utilisation de produits défectueux est inexistante en droit criminel.

Compte tenu des objectifs du droit criminel, les seuls cas où il pourrait vraisemblablement être justifié d'imputer au cessionnaire une responsabilité criminelle seraient lorsque la cession suppose un transfert de la totalité ou de la quasi-totalité des actifs de l'organisation cédante (de sorte que cette dernière deviendrait une « coquille vide », incapable d'acquitter une amende en cas de condamnation) à une entité étroitement liée à la première (par exemple, à l'occasion d'une réorganisation interne) ou lorsque ce transfert a pour objet de faire en sorte que le vendeur puisse échapper à sa responsabilité criminelle, soit, essentiellement, les exceptions b) et c) et d) décrites ci-dessus qui ont été reconnues par les tribunaux américains en droit civil, mais avec les adaptations requises tenant aux attributs du droit criminel.

Dans le cas de la fusion *de facto* et de la simple continuation, soit les exceptions c) et d) (ces deux exceptions sont étroitement liées²¹³ et leurs critères d'application ont eu tendance à fusionner²¹⁴), les tribunaux ont généralement pris en considération quatre facteurs :

- 1) la continuité des propriétaires du vendeur au sein de l'acheteur;
- 2) la cessation des activités dans le cours normal des activités et la dissolution du vendeur à la suite de la vente;

212. J.H. MATHESON, préc., note 197, 398.

213. T.J. PHILLIPS, préc., note 208, 103.

214. *Central Sun Mining Inc. v. Vector Engineering Inc.*, préc., note 199, par. 40.

- 3) la prise en charge par l'acheteur des éléments du passif du vendeur nécessaires à la continuation ininterrompue de son entreprise;
- 4) la continuité de la gestion, du personnel, de l'emplacement physique, des actifs et des activités générales de l'entreprise du vendeur²¹⁵.

L'intention ou le but du cessionnaire au moment de la constitution de la nouvelle entité et le fait que le successeur se présente au public comme une continuité du prédécesseur ont également été pris en considération dans certains États américains²¹⁶. Ces facteurs n'ont généralement pas été appliqués de manière cumulative en droit civil américain, et la question de savoir s'il y a eu une fusion *de facto* dépend des circonstances de chaque cas d'espèce²¹⁷. Notons toutefois que ces facteurs appliqués en droit civil américain sont plutôt techniques et qu'en matière criminelle un tribunal se concentrerait probablement davantage sur les objectifs distincts du droit criminel pour moduler l'application de la responsabilité criminelle à un successeur²¹⁸.

On peut supposer qu'il y aurait une telle fusion *de facto* ou une simple continuation selon les facteurs précités dans le cas où une organisation procéderait au transfert de la totalité de ses actifs (y compris ses biens corporels et incorporels, ses contrats, ses permis, son achalandage et ses employés) à une autre organisation ayant le même ou les mêmes actionnaires directs ou indirects, et ce, à la seule fin d'échapper à une poursuite criminelle existante ou éventuelle. Dans un tel cas, où les droits d'un tiers acheteur ne seraient pas *a priori* touchés, les fins poursuivies par le droit

215. J.H. MATHESON, préc., note 197, 387 et 388; P. BLYSCHAK, préc., note 200, 692; *Central Sun Mining Inc. v. Vector Engineering Inc.*, préc., note 199, par. 40.

216. T.J. PHILLIPS, préc., note 208, 103.

217. P. BLYSCHAK, préc., note 200, 695, citant *Central Sun Mining Inc. v. Vector Engineering Inc.*, préc., note 199, par. 42-44, laquelle décision cite *Milliken & Co. v. Duro Textiles*, 451 Mass. 547 (Sup. Ct. 2008).

218. Voir *supra*, note 175.

criminel seraient respectées si un tribunal concluait que le transfert des actifs équivalait, dans les faits, à une fusion ou à une continuation de l'entreprise exploitée par l'organisation cédante, de sorte que la responsabilité criminelle de l'organisation cessionnaire pourrait être établie. Autrement, il appert qu'une organisation pourrait trop facilement²¹⁹ faire échec à sa responsabilité criminelle, ce qui entraverait de manière importante les objectifs généraux de la responsabilité criminelle des organisations et, plus particulièrement, de l'élargissement de cette dernière par les modifications de 2004.

D'ailleurs, en 2011, à l'occasion d'un jugement rendu sur une requête préliminaire en vue du rejet d'accusations relatives à des infractions réglementaires, un juge de paix de la Cour de justice de l'Ontario a commenté, en *obiter*, que la common law permet de conclure que des sociétés par actions ont pris part à une fusion *de facto*, particulièrement lorsqu'une des deux sociétés a été dissoute²²⁰. Dans cette affaire, la demanderesse, U.S. Steel Canada Inc., société par actions, était accusée d'avoir commis certaines infractions en violation de la *Loi sur la protection de l'environnement*²²¹ de l'Ontario. L'accusée et le ministère de l'Environnement de l'Ontario avaient alors présenté une requête préliminaire commune demandant à la Cour de justice de déterminer si la bonne défenderesse avait été nommée dans les chefs d'accusation présentés par le Ministère. L'accusée soutenait qu'elle n'aurait pas dû l'être car, avant la commission des infractions alléguées, ses actifs avaient été cédés à une autre entité, Hamilton Steel GP Inc., laquelle était, à l'époque des infractions alléguées, une filiale à part entière de l'accusée. Le juge de paix a conclu qu'il n'existait pas de procédure avant procès permettant de déterminer si le bon défendeur avait été nommé aux termes des

219. Évidemment, le transfert de l'ensemble des actifs d'une organisation à une autre n'est pas toujours simple et peut comporter des coûts élevés et des conséquences fiscales négatives, ce qui peut parfois se révéler plus onéreux que les incidences éventuelles d'une condamnation.

220. *Ontario (Ministry of the Environment) v. Stelco Inc.*, 2011 ONCJ 471, par. 115.

221. *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19.

accusations et qu'une telle procédure aurait été inappropriée dans le cas présenté devant lui. Dans son analyse concernant les questions devant être traitées lors du procès, la Cour de justice a fait observer que, si la société dissoute était la filiale, la poursuite pénale aurait pu être maintenue contre la société mère, en tant que successeur, et cette dernière aurait ainsi pu être considérée comme responsable de l'infraction, puisqu'il y aurait alors fusion *de facto*²²². Cela dit, l'incidence de ce jugement est probablement limitée, car ce sont des remarques tenues en *obiter* dans une décision de première instance à l'occasion d'une procédure préliminaire. De plus, la Cour de justice n'a traité de la question que très sommairement : elle n'a cité aucune source ni soulevé d'arguments à l'appui de la reconnaissance de la fusion *de facto* en droit pénal.

Dans d'autres circonstances, par exemple lorsque la vente de la totalité des actifs d'une organisation est faite à un acheteur indépendant de bonne foi, même si ce dernier est informé que des infractions ont potentiellement été commises ou qu'une poursuite criminelle est en cours, il paraîtrait incongru et injuste de faire supporter à un tel acheteur la responsabilité criminelle de l'organisation cédante, à moins que l'opération ne soit effectuée dans le but précis de faire échec à la poursuite criminelle intentée ou susceptible de l'être. Autrement dit, l'exception de la « continuité de l'entreprise » (également appelée « continuation substantielle²²³ »), forme élargie de l'exception d) (simple continuation) reconnue par les tribunaux de quelques États américains en matière civile (et rejetée par d'autres)²²⁴, ne devrait pas être appliquée en matière criminelle. Essentiellement, selon cette

222. *Ontario (Ministry of the Environment) v. Stelco Inc.*, préc., note 220, par. 115.

223. T.J. PHILLIPS, préc., note 208, 105.

224. *Id.*, p. 19, citant notamment Lea J. HEFFERNAN, « Application of the Remedial Purpose Canon to CERCLA Successor Liability Issues after United States v. Bestfoods: Why State Corporate Law Should Be Applied in Circuits Encompassing Substantial Continuity Exception States », (2009) 30 *N. Ill. U.L. Rev.* 387, 401.

exception élargie, il n'est pas nécessaire que les propriétaires du successeur soient les mêmes que ceux du prédécesseur²²⁵. La raison d'être de l'exception de la continuité d'entreprise est de faciliter l'indemnisation des victimes²²⁶, objectif qui revient principalement au droit civil et non au droit criminel. De plus, si une organisation ne fait que vendre une partie de ses actifs (par exemple, les actifs liés à l'une de ses divisions), on voit difficilement comment soutenir que la Couronne pourrait alors porter des accusations à la fois contre l'organisation où l'infraction a originalement été commise et l'organisation ayant acheté les actifs relatifs à une telle division. D'ailleurs, la Cour suprême de l'État du Michigan a conclu que, lorsque le prédécesseur peut toujours être poursuivi après le transfert des actifs, l'exception de la continuité de l'entreprise ne trouve pas application²²⁷. Des tribunaux fédéraux américains ont par ailleurs limité cette exception en disposant qu'elle ne serait applicable que lorsque l'acheteur était au fait de la responsabilité avant de procéder à l'achat²²⁸.

Au-delà de la fusion *de facto* et de la simple continuation, dont l'application en droit criminel pourrait se justifier dans la mesure où celles-ci impliqueraient une continuité des actionnaires au sein du successeur et l'absence d'acheteur indépendant, un argument qui pourrait être opposé à l'encontre de la responsabilité des successeurs dans le domaine du droit criminel est l'absence de disposition législative expresse permettant d'imputer une responsabilité criminelle à des organisations tierces. Comme l'explique la Cour suprême sous la plume du juge Cromwell dans l'arrêt *R. c. D.L.W.*²²⁹ : « Il revient au législateur de créer et de définir les crimes; les tribunaux ne doivent pas élargir la portée de la responsabilité criminelle au-delà de celle établie par le législateur²³⁰ » (nos

225. T.J. PHILLIPS, préc., note 208, p. 105.

226. *Id.*, p. 19.

227. *Id.*, citant *Foster v. Cone-Blanchard Mach Co.*, [1999] 597 N.W. (2d) 506, 508.

228. T.J. PHILLIPS, préc., note 208, p. 106.

229. *R. c. D.L.W.*, préc., note 12.

230. *Id.*, par. 18.

italiques). Le juge Cromwell a ensuite précisé, relativement à l'infraction de bestialité prévue par l'article 160 (1) C.cr., que « les tribunaux ne devraient pas, en faisant évoluer la common law, élargir la portée de la responsabilité afférente à cette infraction » et que « [t]out élargissement de la responsabilité criminelle liée à cette infraction relève de la compétence exclusive du législateur²³¹ ». Lors des modifications de 2004, le législateur s'est abstenu d'intervenir quant à la question de la responsabilité des organisations au moment du transfert de leurs actifs. Ainsi, peut-être pourrions-nous avancer que la création jurisprudentielle, en droit criminel canadien, d'une doctrine de la responsabilité des successeurs, particulièrement si celle-ci peut être appliquée à des organisations indépendantes de celles qui ont participé à des infractions au sens des articles 22.1 ou 22.2 C.cr., aurait pour effet d'étendre la portée de la responsabilité criminelle au-delà de celle qui a été établie par le législateur, contrairement aux enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt précité.

En fin de compte, quoiqu'on ne puisse prédire dans quelle mesure les tribunaux canadiens accepteraient d'imposer une responsabilité criminelle aux organisations en cas d'achat des biens d'une organisation ayant participé à une infraction au sens des articles 22.1 ou 22.2 C.cr., le cas échéant, le rejet général de la doctrine de la responsabilité des successeurs en matière civile par les tribunaux jusqu'à présent et le silence du législateur lors des modifications de 2004 laissent croire qu'un traitement similaire lui serait réservé en matière criminelle, particulièrement lorsqu'on considère les objectifs distincts du droit criminel (lesquels peuvent, par ailleurs, être atteints en bonne partie par la condamnation des individus ayant personnellement participé aux infractions) et les conséquences graves pouvant découler d'une condamnation criminelle, à la fois pour l'organisation elle-même et des tiers innocents qui n'ont pas pris part aux actes prohibés.

À notre avis, compte tenu de ce qui précède, si la responsabilité des successeurs est reconnue dans une quelconque mesure

231. *Id.*, par. 19.

en matière criminelle par les tribunaux, celle-ci devrait constituer l'exception plutôt que la règle, et elle devrait être limitée aux cas clairs de fusion *de facto* ou de simple continuation (avec comme critère impératif, dans les deux cas, que les propriétaires ultimes de l'organisation cessionnaire soient essentiellement les mêmes) ou lorsque l'opération a principalement pour objet de faire en sorte que le vendeur puisse échapper à sa responsabilité criminelle. Dans tous les cas, le fait que l'organisation cédante est dissoute ou se résume à être une coquille vide n'étant plus en mesure de payer une amende à la suite de la vente de ses actifs devrait être une condition essentielle à l'établissement de la responsabilité criminelle de l'organisation cessionnaire.

Conclusion

Dans notre article, nous avons cherché à étudier la portée et certaines lacunes de la réforme de 2004 du *Code criminel* en matière de responsabilité criminelle des organisations afin, notamment, d'apporter un nouvel éclairage sur certaines questions qui n'ont pas été traitées en détail jusqu'à ce jour par la jurisprudence ou la doctrine.

Nous avons d'abord constaté que la common law répugnait initialement l'idée d'attribuer une quelconque responsabilité pénale aux personnes morales, mais que cette immunité s'est progressivement effritée, pour finalement aboutir à l'avènement de la théorie jurisprudentielle de l'identification. Cette doctrine a permis aux tribunaux d'imputer aux personnes morales les infractions de *mens rea* commises par leurs âmes dirigeantes jusqu'à l'entrée en vigueur des modifications de 2004, par lesquelles le législateur cherchait principalement à faciliter une telle imputation. Pour ce faire, il a instauré un modèle sensiblement plus large que celui du régime jurisprudentiel, sans toutefois mettre en place un système de responsabilité du fait d'autrui.

Nous avons cependant observé que, malgré le souhait du législateur de faciliter la condamnation des organisations modernes possédant des structures complexes, le *Code criminel* est à tout le

moins ambigu en ce qui concerne la possibilité de retenir la responsabilité des filiales d'une organisation.

Enfin, nous avons souligné que, tout comme le *Code criminel*, la jurisprudence canadienne demeure silencieuse quant à la possibilité de retenir la responsabilité criminelle du « successeur » qui a acquis les biens d'une organisation ayant participé à une infraction. Selon nous, si la responsabilité des successeurs est reconnue dans une quelconque mesure en matière criminelle par les tribunaux, celle-ci devrait constituer l'exception plutôt que la règle, et elle devrait être restreinte aux cas où les propriétaires ultimes de l'organisation cessionnaire sont essentiellement les mêmes ou lorsque l'opération a principalement pour objet de faire en sorte que l'organisation cessionnaire puisse échapper à sa responsabilité.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : *Note bibliographique*

**« HORS DE TOUT DOUTE RAISONNABLE : LA MÉTHODOLOGIE ET
L'ADÉQUATION EMPIRIQUE COMME FONDEMENTS DE
L'ÉPISTÉMOLOGIE DU DROIT DE LA PREUVE »**

Auteur(s) : Marie-Ève PLAMONDON

Revue : *RDUS*, 2017, volume 47, numéro 1

Pages : **181-184**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15290>

Page vide laissée intentionnellement.

HORS DE TOUT DOUTE RAISONNABLE : LA MÉTHODOLOGIE ET L'ADÉQUATION EMPIRIQUE COMME FONDEMENTS DE L'ÉPISTÉMOLOGIE DU DROIT DE LA PREUVE*

par Marie-Ève PLAMONDON**

Ce court ouvrage, tiré d'un stage postdoctoral mené par Clayton Peterson sous la direction de France Houle, a pour objet d'éclairer le lecteur quant à la distance nécessaire entre la vérité du droit de la preuve et la vérité factuelle. En effet, à travers une perspective épistémologique, les auteurs cherchent à balancer le triptyque entre véracité des faits, croyance du monde juridique et vérité juridique découlant de l'admissibilité de la preuve. Synthétique, l'ouvrage reprend un ensemble de grands arrêts en matière de preuve, en mettant en évidence les distances qui peuvent exister entre la vérité connue de tout un chacun et celle qui découle de l'admission des preuves, faisant du « hors de tout doute raisonnable » une création empirique et juridique. La vérité n'est pas une matière qui se prête facilement à la recherche scientifique. Les deux auteurs se servent des grandes lignes des outils qui permettent de faire ressortir celle-ci, par l'entremise de méthodes inductive, déductive, empirique, etc., en balisant chaque fois les atouts et les déficiences des unes et des autres. Si la perspective historique est très succinctement abordée¹, même si elle aurait pu permettre un approfondissement heureux, les auteurs s'intéressent essentiellement à l'admissibilité du oui-dire et ses formulations.

Les développements de nature plus scientifique sur la capacité de modéliser la preuve empirique prolongeant la pensée de Karl Popper sont intéressants, notamment sur « l'importance de la

*. France HOULE et Clayton PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable : la méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2018, 122 p.

**.

Bachelière en droit (LL.B.) et candidate au diplôme de deuxième cycle en common law et droit transnational (*Juris Doctor*), Université de Sherbrooke.

1. Voir p. 3.

réfutation plutôt que celle de la confirmation des théories scientifiques² ». À la suite d'une réflexion sur la relation entre preuve empirique et véracité d'une hypothèse, Houle et Peterson concluent alors que « ce n'est pas la vérité qui est au fondement du droit de la preuve et de la connaissance, mais bien la justification³ ». Cette ligne de pensée, appuyée sur des exemples illustrés par des équations « mathématiques », est rafraîchissante et offre une perspective neuve sur la question de la recherche de la vérité dans un contexte judiciaire.

Outre les philosophes des sciences, de grands philosophes classiques sont invoqués sur les questions épistémologiques (Hume, Kant, etc.), mais une analyse un peu plus détaillée aurait été bienvenue, car ces mentions ne semblent pas, avec égards, apporter beaucoup au débat. En réalité, les deux auteurs attaquent véritablement leur thèse lorsqu'ils analysent le ouï-dire et le dire d'expert, ce qui constitue réellement le nœud de leur interrogation. À ce titre, ces idées auraient gagné à être présentes dans le titre de l'ouvrage, le « hors de tout doute raisonnable » constituant une porte d'entrée, et non le cœur du sujet traité. En la matière, les auteurs montrent toute la pertinence de l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et la perception de l'opinion et du ouï-dire. L'analyse des arrêts *R. c. Abbey*⁴ et *R. c. Lavallée*⁵ est notamment intéressante : elle explicite particulièrement bien l'appréhension actuelle par la Cour suprême des faits législatifs et sociaux. En effet, dans ce domaine, les experts peuvent être amenés à témoigner, sur le fondement historique de la règle de la connaissance d'office, une capacité nécessairement limitée. Comme le soulignent Houle et Peterson, « concernant les faits directement en litige, les magistrats ne peuvent admettre d'office que les faits notoires et incontestables⁶ », les limites de la connaissance d'office étant plus élastiques. Depuis l'arrêt *R. c. Spence*, cependant, les juges ont établi des cadres plus précis aux

2. Voir p. 74.

3. Voir p. 75.

4. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

5. *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.

6. Voir p. 86.

critères d'admissibilité de la connaissance d'office⁷. Dans ce dernier, la Cour suprême souligne que ces faits sont « empreints d'hypothèses, de prévisions, de présomptions, d'impressions et de vœux pieux⁸ », et considère dès lors que le test applicable à l'admission des faits sociaux et législatifs est celui de la personne raisonnable qui « ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce fait échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué⁹ ». Les deux auteurs relèvent à juste titre que depuis les arrêts *R. c. Malmo-Levine*¹⁰ et *R. c. Spence*¹¹, et à nouveau en 2013 dans l'arrêt *Canada (P.G.) c. Bedford*¹², la preuve des faits sociaux et législatifs doit d'abord être présentée par des témoins experts, ce qui permet leur contre-interrogatoire, la Cour suprême mettant en garde les « parties qu'elles courent un risque si elles font abstraction de cette manière de procéder¹³ ».

Bien évidemment, Houle et Peterson rappellent que c'est avec beaucoup de circonspection que les témoignages d'experts portant sur l'identité et les motivations des sujets de l'enquête dans le contexte criminel sont appréhendés. Cela est notamment vrai, car certaines questions fondamentales dans le domaine, une fois prouvées, laissent peu de doute sur l'issue du litige¹⁴. La vérité judiciaire se rapproche alors de la vérité sociale.

Les deux auteurs concluent à une convergence quant à l'évaluation de l'admissibilité de la preuve par témoin expert et celle du ouï-dire en général. La jurisprudence, pour sa part, converge dans les deux cas, fort logiquement serions-nous tenté d'affirmer, vers les critères de la nécessité et de la fiabilité. Les auteurs ajoutent ceci : « Alors que la nécessité comprend autant celle d'aider le juge

7. *R. c. Spence*, 2005 CSC 71.

8. *Id.*, par. 63.

9. *Id.*, par. 65.

10. *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74.

11. *R. c. Spence*, préc. note 7.

12. *Canada (P.G.) c. Bedford*, 2013 CSC 72.

13. Voir p. 88.

14. Voir p. 89.

des faits que celle du point de vue de sa pertinence, la fiabilité comprend l'évaluation des compétences de l'expert ainsi que l'évaluation de la méthodologie sous-jacente à la science ou à la technique¹⁵. » Une telle conclusion n'est pas fondamentalement novatrice, mais elle replace néanmoins l'ensemble de ces questions dans un contexte épistémologique et permet de prendre du recul concernant la réalité de la pratique en la matière.

15. Voir p. 97.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : *Note bibliographique*

« LES CLASSIQUES DU DROIT CIVIL » - « LES GRANDS TEXTES »

Auteur(s) : Marie-Ève PLAMONDON

Revue : RDUS, 2017, volume 47, numéro 1

Pages : **185-189**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/15291>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CLASSIQUES DU DROIT CIVIL LES GRANDS TEXTES*

par Marie-Ève PLAMONDON**

Dans la collection « Les classiques de droit civil », publiée par les Éditions Thémis de l'Université de Montréal, vient de paraître le troisième volume d'une série de quatre consacrée aux grands monuments du droit civil québécois. Pour le néophyte, le contenu de l'ouvrage est surprenant à première vue, car le lecteur s'attend exclusivement à de grands textes du droit civil : or plusieurs titres semblent le fait d'auteurs honorables de la doctrine certes, sans toutefois qu'il soit possible de parler de grands textes fondamentaux et historiques. Mis à part la reproduction de l'œuvre de Portalis, l'ouvrage contient plutôt des commentaires sur les « grands textes ». La collection regroupe ici des textes présentés à l'Université de Montréal, lors d'un cycle de conférences du même nom. Sont analysés le « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » de Portalis, les articles intitulés « De la jurisprudence » de Testard de Montigny, « Persuasive Authority » de H. Patrick Glenn, « De l'enrichissement sans cause » de Pierre-Basile Mignault, « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse » de Jean-Louis Baudouin, « De la fiducie dans la province de Québec » de Marcel Faribault, « À quand le trépas du “trespasser” » d'Albert Mayrand, « Le contenu obligationnel du contrat » de Paul-André Crépeau et la fameuse thèse de doctorat d'André Morel sur « Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec ».

Tous les articles réunis dans cet ouvrage se fondent ainsi sur de grands monuments de la doctrine québécoise essentiellement – à l'exception du Discours préliminaire de Portalis – sans que les éditeurs soient parvenus à rééditer ces grands textes eux-mêmes malgré, semble-t-il, leur volonté initiale (p. x). Cela donne un

*. Brigitte LEFEBVRE et Benoît MOORE (dir.), *Les grands textes*, coll. « Les classiques du droit civil », Montréal, Les Éditions Thémis, 2018, 366 p.

**.
Bachelière en droit (LL. B.) et candidate au diplôme de deuxième cycle en common law et droit transnational (*Juris Doctor*), Université de Sherbrooke.

assemblage étonnant, avec égards, qui voit la jeune doctrine québécoise côtoyer une analyse du Discours préliminaire, d'autant que le « grand auteur » sur lequel les auteurs se sont penchés n'apparaît pas forcément dans le titre de leur commentaire, laissant penser à des titres d'articles de doctrine classique. En outre, la plupart des auteurs citent, plus ou moins abondamment, leur propre production scientifique, ce qui renforce l'impression de regards endogènes de la doctrine. Toutefois, ce qui aurait pu être appréhendé comme une facilité s'avère au contraire un atout.

Chacun des auteurs traite d'un « grand texte », considéré comme fondateur de la doctrine québécoise. Sont abordés dans l'ouvrage des commentaires de textes dont l'ampleur, pour certains, explique peut-être la décision – que nous regrettons – de ne pas les reproduire *in extenso*. Les choix du classement dans cette prestigieuse catégorie sont bien évidemment subjectifs, et d'aucuns pourront regretter l'un ou l'autre manque; pourquoi Testard de Montigny plutôt que Doutre¹ pour la doctrine ancienne par exemple? Si les absents peuvent être regrettés, tous les présents sont bel et bien des auteurs importants de la doctrine, et bénéficient d'une belle exposition par cette analyse doctrinale de qualité.

C'est donc une mise en abîme de la doctrine québécoise qui, à l'exception du Discours préliminaire de Portalis et du texte de Rémy Cabrillac, met en avant la spécificité du droit civil québécois, notamment dans son rapport à la common law. Reprenant le bâton porté par certains grands anciens, comme Mignault, Faribault ou

1. Contemporain de Testard de Montigny, Gonzalve Doutre a été l'auteur par exemple du *Droit civil canadien suivant l'ordre établi par les codes : précédé d'une histoire générale du droit canadien* (Gonzalve DOUTRE et Edmond LAREAU, *Le droit civil canadien suivant l'ordre établi par les codes*, t. 1, « Histoire générale du droit canadien (1492-1791) », Montréal, A. Doutre, 1872) qui répond à la publication de Benjamin-Antoine Testard de MONTIGNY, *Histoire du droit canadien*, Montréal, E. Sénécal, 1869. Il avait publié également quelques années plus tôt *Les lois de la procédure civile*, t. 2, Montréal, E. Sénécal, 1869. Sur la place de cet auteur, voir Jean-Roch RIOUX, « Doutre, Gonzalve », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, t. 10, Université Laval/University of Toronto, 2003, [en ligne], <www.biographi.ca/fr/bio/doutre_gonzalve_10F.html>.

Mayrand, les auteurs de l'ouvrage soulignent avec efficacité et finesse les postures de ces grands auteurs, en dépassant l'opposition parfois stérile entre common law et droit civil². Même s'il y a, selon les termes du professeur Sylvio Normand, acculturation de la fiducie en droit québécois, l'« enrichissement sans cause » de Mignault ou la « responsabilité civile » de Mayrand montrent que les grands textes ne sont pas toujours des plaidoyers *pro domo* en pure défense du droit civil devant l'ogre de la common law. La résonnance dans le temps, à travers l'analyse croisée du professeur Mathieu Devinat des textes de Testard de Montigny et de Glenn, donne une profondeur intéressante aux regards multiples portés sur la jurisprudence par la doctrine québécoise. Le constat commun de « la nécessité d'accorder une marge de manœuvre au juriste face aux sources du droit³ » semble crucial dans un système juridique mixte mêlant common law et codification civiliste⁴. On peut se surprendre de l'affirmation que le texte de Testard de Montigny, « De la jurisprudence », constitue le reflet assez fidèle de certaines idées centrales présentes dans « Persuasive Authority⁵ » – comment refléter un texte qui sera publié 108 ans plus tard? –, mais on comprend que l'ambition des deux textes prolonge, confronte et synthétise des convergences qui dépassent le temps, formant une partie fondamentale de l'architecture du droit civil québécois.

L'apport du professeur Rémy Cabrillac par son texte sur le Discours préliminaire de Portalis permet de rappeler toutes les proximités entre les codifications françaises et québécoises, apportant un souffle social et juridique puissant sur la doctrine québécoise en formation. La codification de 1804 apparaît sous ces lignes comme un équilibre « merveilleusement atteint par le Code

-
2. L'analyse de la professeure Christine Morin sur la thèse de Morel sur la liberté testamentaire, première grande institution de common law intégrée à l'héritage civiliste de l'Acte de Québec de 1774, est, de ce point de vue, particulièrement intéressante : voir p. 325.
 3. Voir p. 101.
 4. On peut regretter que le texte d'Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », (1994) 28-2 R.J.T., 771-798, ne soit pas cité à cette occasion.
 5. Voir p. 88.

civil⁶ », trouvé entre des principes généraux et une réglementation trop détaillée.

Le texte du professeur Lionel Smith sur « L'enrichissement sans cause » de Mignault souligne de manière particulièrement efficace les tensions entre les cultures de common law et de droit civil par rapport à une institution aussi emblématique que l'enrichissement sans cause, sujet où les racines historiques, philosophiques et juridiques permettent une multitude de regards. L'influence de la doctrine française en la matière est soupesée par le juge de la Cour suprême du Canada qui écrit cet article après sa retraite de ce tribunal. Analysant l'action *de in rem verso* depuis son origine romaine, il conclut à une singularité de la notion dans les contextes canadien et québécois. Comme l'indique Lionel Smith de manière éclairante, l'enseignement du texte peut se résumer par l'idée que « les silences du Code peuvent être aussi importants que ses dispositions⁷ ». L'auteur apporte avec profit sa propre analyse et souligne que, « s'il y a peut-être un seul principe justificatif dans le domaine, [...] il y a plusieurs "sources matérielles"⁸ ».

Le professeur Sylvio Normand parvient à mettre en exergue aussi bien le parcours que la personnalité et la contribution de Faribault à travers sa thèse sur la fiducie présentée en 1936. Cet événement dans le contexte de l'époque, qui lui vaut une recension dans la presse, est particulièrement riche et fait l'objet d'une analyse très détaillée qui reprend ici tous les éléments majeurs de cette contribution à une institution de common law intégrée en droit civil. Faribault développait notamment la théorie de l'institution élaborée par Georges Renard, ce qui lui vaudra les critiques d'Antonio Perrault et de Mignault, peu impressionnés par la contribution scientifique de l'ouvrage à la pratique⁹. Comme le mentionne Sylvio Normand, Faribault ne « jouissait donc pas d'un environnement favorable » à la réception de l'aspect original de la thèse, soit « préciser la nature juridique de la fiducie », la

6. Voir p. 14.

7. Voir p. 244.

8. Voir p. 245.

9. Voir p. 171.

communauté juridique québécoise étant peu ouverte à l'égard de constructions théoriques, car elle était essentiellement constituée de praticiens¹⁰.

Les textes doctrinaux plus récents, comme ceux de Madeleine Cantin Cumyn, de Baudouin, de Mayrand ou de Crépeau¹¹, convergent tous vers le constat d'une grande dynamique moderne de la doctrine québécoise, balayant les grands concepts, tels que les droits patrimoniaux ou la juste obligation au sein du contrat, et faisant le bilan d'une science juridique québécoise qui a su dépasser les crises de croissance qu'a connues le *Code civil du Bas Canada*, comme le soulignait Baudouin. L'analyse de ces textes classiques, que l'on aurait aimé voir reproduits dans l'ouvrage, est toujours fidèle, parfois extrêmement détaillée (ainsi, la professeure Sophie Morin traite 31 points dans le texte de Cantin Cumyn¹²) et permet de faire connaître au lecteur ces grands moments de la doctrine, tout en démontrant le dynamisme de la jeune doctrine.

10. Voir p. 176.

11. Les analyses ont été faites respectivement par la professeure Sophie Morin, le professeur Patrice Deslauriers, le juge Benoît Moore et la professeure Élise Charpentier.

12. Voir p. 145.